Die Kündigung des Handlungsgehülfenverhältnisses.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde bei der juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

Egon Heiber,
bacc. iur. in Birkau.

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

Königsberg i. Pr.
Buch- und Steindruckerei Otto Kümmel.
1910.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

§ 1: Einleitung 1

I. Abschnitt.

Das Handlungsgehülfenverhältnis 5

§ 2: Der Handlungsgehülfe 5
§ 3: Die Pflichten des Handlungsgehülfen 14
§ 4: Die Rechte des Handlungsgehülfen 20

II. Abschnitt.

Die Kündigung des Handlungsgehülfenverhältnisses . 27

§ 5: Die rechtliche Bedeutung der Kündigung 27

A. Die Kündigung mit Einhaltung einer Kündigungsfrist 30

§ 6: Die gesetzliche Kündigung 30
§ 7: Die vertragliche Kündigung 34

B. Die Kündigung ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist 45

§ 8: a) Ihre allgemeinen Voraussetzungen, ihre rechtliche Natur, ihre Folgen 45
§ 9: b) Wichtige Gründe, die den Handlungsgehülfen zur Kündigung ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist berechtigen 56
§ 10: c) Wichtige Gründe, die den Prinzipal zur Kündigung ohne Einhaltung der Kündigungsfrist berechtigen 61
§ 11: Anhang: Die Einwirkung der Kündigung auf die Konkurrenzklausel 64

Literaturverzeichnis.

Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechtes auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuches. 4. Auflage. Jena 1904.

Düringer & Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 (mit Ausschluß des Seerechtes) auf der Grundlage des bürgerlichen Gesetzbuches. 1 Band. Mannheim 1899.

Goldmann, Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 (mit Ausschluß des Seerechtes) erläutert von Samuel Goldmann. 1. Band. Berlin 1901.

Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechtes. III. Band.

Lehmann, Lehrbuch des Deutschen Handelsrechtes. 1908.

Lehmann & Ring, Das Handelsgesetzbuch. 1. Teil bearbeitet von R. Lehmann. Berlin 1899.

Makower, Handelsgesetzbuch mit Kommentar, herausgegeben von H. Makower. 13. Auflage. Berlin 1906. Buch 1 u. 2.

Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 4. Auflage 1905.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz erläutert von Dr. G. Planck. 3. Auflage. Band I.

Rümelin, Dienstvertrag und Werkvertrag von Gustav Rümelin. Tübingen 1905.

Sörgel, Rechtsprechung zum gesamten Civil-, Handels- und Prozeßrecht. Stuttgart 1906.

Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 8. Auflage. Berlin 1906. 1. Band.

Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche und Einführungsgesetze. 3. und 4. Auflage. München 1908.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41535715_0072

Einleitung.

§ 1.

Das Handlungsgehülfenverhältnis hat die Beziehungen zwischen dem Prinzipale und dem kaufmännischen Angestellten zum Gegenstande (Innenverhältnis). Es steht im Gegensatze zu dem Verhältnisse der kaufmännischen Angestellten gegenüber dritten Personen, das in der Hauptsache durch die Bestimmungen über die Handlungsvollmacht geregelt wird (Außenverhältnis).

Das Handlungsgehülfenverhältnis wird begründet durch einen zwischen Prinzipal und Handlungsgehülfen abgeschlossenen Anstellungsvertrag. Es bestimmt sich nach dem 6. Abschnitte des 1. Buches des Handelsgesetzbuches und gemäß dem Grundsatze, daß das Handelsgesetzbuch dem Bürgerlichen Gesetzbuche vorgeht, subsidiär nach den einschlagenden Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches. Vor dem Gesetze ist, soweit dieses nicht zwingend ist, die Vereinbarung maßgebend. Zwingende gesetzliche Bestimmungen sind vornehmlich solche, die den Schutz des wirtschaftlich schwächeren Handlungsgehülfen bezwecken.

Die Beendigung des Handlungsgehülfenverhältnisses wird, abgesehen von anderen Endigungsgründen, herbeigeführt durch die Kündigung, deren Voraussetzungen und Folgen in dieser Abhandlung des näheren dargelegt werden sollen.

Die Kündigung ist eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung, die die Beendigung eines Vertragsverhältnisses zum Ziele hat, dessen Dauer von dem freien Willen der Vertragsparteien abhängig ist.[1]) Der Eintritt der Wirkung der Kündigung kann zeitlich verschieden sein. Man muß in dieser Beziehung zwei Arten der Kündigung unterscheiden:

Einmal die Kündigung unter Einhaltung einer Kündigungsfrist: Diese Art der Kündigung erfolgt in der Weise, daß zwischen dem Zeitpunkte der Erklärung der Kündigung und demjenigen ihrer Wirkung ein Zeitraum — die Kündigungsfrist — von einer durch Vertrag oder Gesetz festgesetzten Dauer liegt. Dieser Fall der Kündigung ist der normale.

Ihm gegenüber steht die „Kündigung ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist", wie das Handelsgesetzbuch § 70 sagt. Der Kürze wegen wird sie in der juristischen Literatur „sofortige Kündigung" genannt, während man im kaufmännischen Leben, falls die sofortige Kündigung von seiten des Prinzipals erfolgt von Entlassung, falls sie von seiten des Handlungsgehülfen erfolgt, von Austritt spricht. Ihre rechtliche Bedeutung liegt darin, daß die Vertragsbeendigung sofort mit der Erklärung der Kündigung eintritt, vorausgesetzt, daß der rechtlich notwendige Grund vorhanden ist.

Über die Form der Erklärung der Kündigung sagt das Handelsgesetzbuch nichts. Es würde hierfür also das Bürgerliche Gesetzbuch maßgebend sein. Da dieses aber für die Erklärung eine Form nicht vorschreibt, also

1) Gruchot 198.

auf dem Standpunkte der Formfreiheit steht, ist die Erklärung der Kündigung formlos.

Wer Handlungsgehülfe im Sinne des Handelsgesetzbuches ist, definiert dieses selbst in § 59. Was es aber unter Prinzipal versteht, sagt es nicht; deshalb soll dies hier erörtert werden.

Das Wort Prinzipal gebraucht das Handelsgesetzbuch in den Bestimmungen über das Handlungsgehülfenverhältnis im Gegensatze zum Handlungsgehülfen. Es bezeichnet damit diejenige Person, die für den Handlungsgehülfen beim Abschlusse des Anstellungsvertrages der Gegenkontrahent ist.

Zur Charakterisierung des Begriffes „Prinzipal" wird man auf den Inhalt und den Zweck des Anstellungsvertrages eingehen müssen: Der Prinzipal will sich durch den Anstellungsvertrag, den er mit dem Handlungsgehülfen abschließt, eine Hülfsperson schaffen. Es fragt sich nun: Soll dies eine Hülfsperson sein, die für das Geschäft als solches engagiert wird, die also eine „Hülfsperson in der Handlung" als solcher sein soll? Oder soll es vielmehr eine Hülfsperson sein, die zwar zur Hülfeleistung in dem vom Gegenkontrahenten betriebenen Geschäfte engagiert wird, in der Hauptsache aber zu dessen persönlicher Unterstützung?

Die Ansichten in der Literatur gehen hierüber sehr auseinander. Lehmann und Ring[1]) vertreten die erste Ansicht, indem sie annehmen, Prinzipal sei der Dienstberechtigte, d. h. also der Einzelkaufmann, die offene Handelsgesellschaft, die Kommanditgesellschaft, Aktien-

1) Lehmann und Ring 152.

gesellschaft, sodaß z. B. der Vorstand der Aktiengesellschaft nur die Rechte des Prinzipals ausübt, ohne selbst Prinzipal zu sein. Lehmann und Ring identifizieren Prinzipal mit Geschäftsinhaber, indem sie bei Ergründung des Begriffes Prinzipal vorwiegend die geschäftliche Seite des Handlungsgehülfenverhältnisses heranziehen. Dieser Ansicht kann ich deshalb nicht beistimmen, weil ich keinen Grund sehe, weshalb das Handelsgesetzbuch für einen Begriff desselben Inhaltes zwei verschiedene Bezeichnungen gebrauchen sollte.

Denselben Standpunkt, wie Lehmann und Ring, vertritt Lehmann[1]), indem er ausführt, Prinzipal, Chef sei der Kaufmann selbst, wo jedoch dieser nicht befehlen könne, übe die Rechte des Prinzipales derjenige aus, der die Befehle für ihn zu erteilen habe.

Der zweiten, oben von mir ausgeführten und von mir als richtig vertretenen Ansicht, daß es sich bei dem Handlungsgehülfenverhältnisse zwar um eine Hülfeleistung in dem vom Gegenkontrahenten betriebenen Geschäfte handele, daß dabei aber wesentlich sei, daß die Person des Gegenkontrahenten als solche unterstützt werde, sind Düringer und Hachenburg[2]) und Goldmann[3]): Prinzipal ist, wer kraft Gesetzes oder Gesellschaftsvertrages das Geschäft nach außen zu vertreten und die Firma zu zeichnen berechtigt ist, sei es für sich allein, sei es mit anderen. Prinzipal ist dagegen nicht, wer die Firma nicht kraft eigenen Rechtes oder als Organ der Gesellschaft zeichnen darf, also nicht die von der Vertretung

1) Lehmann 190.
2) Düringer und Hachenburg 195.
3) Goldmann 303.

der Gesellschaft ausgeschlossenen offenen Handelsgesellschafter oder die Kommanditisten, auch nicht solche Direktoren von Aktiengesellschaften, die nicht zugleich Mitglieder vom Vorstande sind, ferner nicht die Prokuristen und alle diejenigen, die selbst von den Organen der Handelsgesellschaft angestellt sind.

Der Unterschied zwischen dieser und der von Lehmann und Ring vertretenen Ansicht tritt besonders bei den Gesellschaften hervor. Nach Lehmann und Ring würde der Prinzipal die Gesellschaft als solche sein, weil sie sich als der „Kaufmann" darstellt. Nach Düringer und Hachenburg und Goldmann ist dies aber nicht der Fall; vielmehr ist nach ihren Ausführungen der Prinzipal eine physische Person, bei der allerdings bestimmte Voraussetzungen erfüllt sein müssen: Sie muß berechtigt sein, kraft Gesetzes oder Gesellschaftsvertrages die Gesellschaft nach außen zu vertreten und die Firma zu zeichnen.

I. Abschnitt.

Das Handlungsgehülfenverhältnis.

Ehe auf die Kündigung des Handlungsgehülfenverhältnisses näher eingegangen werden kann, mag zunächst festgestellt werden, wer Handlungsgehülfe ist, welches seine Rechte und welches seine Pflichten sind.

§ 2.

Der Handlungsgehülfe.

Die Bezeichnung „Handlungsgehülfe" kommt bereits im Handelsgesetzbuche vom 5. VI. 1869 vor, jedoch in anderer Bedeutung als im jetzt geltenden Handelsgesetzbuche. In jenem Gesetzbuche war der Begriff ein um-

fassenderer, indem darunter sowohl der Handlungsdiener als auch der Handlungslehrling fielen, während im neuen Handelsgesetzbuche die Bezeichnung „Handlungsgehülfe" dem Handlungsdiener des alten Handelsgesetzbuches entspricht.

Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 definiert den Begriff „Handlungsgehülfe" in § 59 dahin:

Handlungsgehülfe ist, wer in einem Handelsgewerbe zur Leistung kaufmännischer Dienste gegen Entgelt angestellt ist.

Dies bedarf der näheren Ausführung: Aus Anstellung „gegen Entgelt" folgt, daß es sich um einen Dienstvertrag im Sinne von §§ 611 ff. B. G.-B. handelt. Darnach sind alle Personen, die in einem Handelsgewerbe zur Leistung kaufmännischer Dienste angestellt sind, sofern sie kein Entgelt erhalten, nicht Handlungsgehülfen, so z. B. die Volontäre und Handlungslehrlinge. Auch wenn letztere ein Taschengeld bekommen, wird man dies nicht als ein Entgelt für geleistete Dienste auffassen können, sondern nur als eine im freien Willen des Lehrherrn liegende Gratifikation.

Aus dem Worte: „Anstellung" ergibt sich: Es darf sich nicht nur um eine gelegentliche[1]) Beschäftigung in einem Handelsgewerbe handeln. Auch muß die Anstellung mit Willen des Prinzipals geschehen sein. Es wird daher der Geschäftsführer ohne Auftrag nie Handlungsgehülfe sein können,[2]) ebenso nicht eine Person, die kraft amtlicher Befugnis in einem Handelsgewerbe Dienste leistet, wie z. B. der Konkursverwalter.[2])

1) Makower 193.
2) Lehmann und Ring 150.

Ferner muß der Angestellte den Prinzipal unterstützen, d. h. er muß ein Gehülfe im wahrsten Sinne des Wortes sein. Dies ist nicht der Fall bei denjenigen Vertretern einer juristischen Person, die zur verfassungsmäßigen Struktur derselben unerläßlich sind. Sie sind keine Handlungsgehülfen, obwohl sie kaufmännische Dienste in einem Handelsgewerbe, und zwar vielfach gegen Entgelt, leisten, wie z. B. die Mitglieder des Vorstandes und Aufsichtsrates von Aktiengesellschaften.

Die Anstellung des Handlungsgehülfen erfolgt durch Abschluß eines Vertrags zwischen ihm und dem Prinzipale. Der Vertrag ist auf seiten des Prinzipals stets ein Handelsgeschäft.

Er bedarf keiner besonderen Form, da handelsrechtliche Vorschriften darüber nicht bestehen, also das bürgerliche Gesetzbuch eingreift, das auf dem Prinzipe der Formfreiheit steht.

Die einzige Voraussetzung nach dem bürgerlichen Gesetzbuche ist, daß die Kontrahenten geschäftsfähig sind. Sind sie geschäftsunfähig was auf seiten der Handlungsgehülfen kaum vorkommen dürfte — so müssen ihre gesetzlichen Vertreter für sie kontrahieren. Hierzu wäre bei Bevormundung des Handlungsgehülfen im Falle des § 1822 Ziff. 7 B. G.-B. außerdem noch die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts notwendig. Sind sie in der Geschäftsfähigkeit beschränkt, so muß, falls nicht der gesetzliche Vertreter selbst abschließt oder der beschränkt Geschäftsfähige mit Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters den Vertrag vollzieht, den Bestimmungen der §§ 112, 113 B. G.-B. genügt sein, d. h.:

Der Prinzipal, der das 7. Lebensjahr vollendet hat, bedarf der mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes von seinem gesetzlichen Vertreter erteilten Ermächtigung zum selbstständigen Betriebe eines Erwerbsgeschäftes, um ihn für alle Rechtsgeschäfte, die dieser Geschäftsbetrieb mit sich bringt, unbeschränkt geschäftsfähig zu machen. Damit würde er auch für Eingehung eines Dienstvertrages unbeschränkt geschäftsfähig sein, da dieser Fall nicht unter die in § 112 Satz 2 B. G.-B. gemachte Ausnahme fällt.

Ebenso bedarf der Handlungsgehülfe, der das 7. Lebensjahr vollendet hat, falls nicht der gesetzliche Vertreter selbst abschließt, der Ermächtigung des gesetzlichen Vertreters, in Dienst zu treten. Dann ist der Handlungsgehülfe für solche Rechtsgeschäfte unbeschränkt geschäftsfähig, die die Eingehung oder Aufhebung eines Dienstverhältnisses der gestatteten Art oder die Erfüllung der sich aus einem solchen Verhältnisse ergebenden Verpflichtungen betreffen.[1]) Ausgenommen sind Verträge, zu denen der gesetzliche Vertreter der Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes bedarf. Diese Ausnahme ist für uns nur in einem Falle von Bedeutung, nämlich dann, wenn es sich um einen Bevormundeten handelt, der sich durch einen auf ein Dienstverhältnis gerichteten Vertrag zu persönlichen Leistungen auf längere Zeit als auf ein Jahr verpflichten soll.[2])

Innerhalb dieser ihm nach §§ 112 und 113 B. G.-B. eingeräumten Rechtssphäre ist sowohl der Prinzipal wie der Handlungsgehülfe unbeschränkt geschäftsfähig. Ich halte es für ausgeschlossen, daß der gesetzliche Vertreter

1) § 113 B. G.-B.
2) § 1822 Ziffer 7 B. G.-B.

in diese Sphäre eingreifen, z. B. dem Handlungsgehülfen des minderjährigen Prinzipales mit rechtlicher Wirkung kündigen kann. Ein solcher Eingriff würde der ratio legis widersprechen: Das Gesetz sagt ausdrücklich, daß ein solcher Minderjähriger unbeschränkt geschäftsfähig „ist". Daher würde sich jedes Handeln des gesetzlichen Vertreters in der für den Minderjährigen freien Rechtssphäre unbedingt als eine Beschränkung derselben darstellen. Zu demselben praktischen Resultate kommen Neumann,[1] Staudinger[2] und Planck.[3] Wer die gegenteilige Ansicht[4] vertritt, könnte höchstens von dem Gesichtspunkte ausgehen, daß der Minderjährige nicht genügend geschützt sei, wenn nur er allein in dem erwähnten Umfange handlungsfähig ist. Dieser Erwägung wird man aber entgegen halten können, daß dieser Schutz dem Minderjährigen von dem gesetzlichen Vertreter jederzeit dadurch gewährt werden kann, daß er seine Ermächtigung — im Falle § 112 B. G.-B. mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes — zurücknimmt.

Der zwischen dem Prinzipale und dem Handlungsgehülfen zwecks Begründung des Handlungsgehülfenverhältnisses geschlossene Vertrag stellt sich rechtlich als ein „Dienstvertrag" dar.

D. h. einmal: Es kommen nur Dienste in Betracht, die vermöge eines Dienstvertrages, nicht eines anderen Vertragsverhältnisses geschuldet werden. Damit sind z. B. ausgeschlossen die Dienste, die ein Gesellschafter vermöge eines Gesellschaftsvertrages im Sinne von § 706 Ab-

1) Neumann, Anm. zu § 112, S. 101.
2) Staudinger, Anm. 5 zu § 112, S. 357.
3) Planck, Bem. zu § 112, S. 198 f.
4) Cosack 168, 169.

satz 3 B. G.-B. schuldet. Natürlich wäre es möglich, daß neben dem Gesellschaftsvertrage noch ein Dienstvertrag existiert, durch den ein Handlungsgehülfenverhältnis begründet sein kann.[1])

Weiter bedeutet es: Die Verpflichtung zur Leistung der Dienste muß stets durch einen „Vertrag" begründet sein. Außerkontraktliche Verpflichtungen machen noch keinen Handlungsgehülfen. Deshalb sind nicht Handlungsgehülfen die Ehefrau und das Hauskind: Erstere ist nach § 1356 Abs. 2 B. G.-B. zu Arbeiten im Hauswesen und im Geschäfte des Ehemannes verpflichtet, soweit eine solche Tätigkeit nach den Verhältnissen, in denen die Ehegatten leben, üblich ist. Das Kind ist, solange es dem elterlichen Hausstande angehört und von den Eltern erzogen und unterhalten wird, gemäß § 1617 B. G.-B. gebunden, in einer seinen Kräften und seiner Lebensstellung entsprechenden Weise den Eltern in ihrem Hauswesen Dienste zu leisten.

Wenn auch in diesen beiden Fällen ein Handlungsgehülfenverhältnis nicht begründet ist, so wollen Düringer und Hachenburg[2]) doch die Regeln über den Dienstvertrag und das Handlungsgehülfenverhältnis insoweit angewendet wissen, als diese daraus hervorgehen, daß „eine Verpflichtung zu einer Tätigkeit, speziell zur Leistung kaufmännischer Dienste in einem Handelsgewerbe" vorliegt, so insbesondere die Schutzmaßregeln enthaltenden Bestimmungen der §§ 62 H. G.-B. und 618 B. G.-B.

Eine weitere zum Begriffe des Handlungsgehülfen notwendige Voraussetzung ist, daß die Anstellung in

1) Lehmann und Ring 150.
2) Düringer und Hachenburg 191.

einem „Handelsgewerbe" erfolge. Was ein Handelsgewerbe ist, bestimmt das Handelsgesetzbuch in den §§ 1–3. Es lassen sich darnach unterscheiden: natürliche Handelsgewerbe (§ 1 H. G.-B.) und künstliche Handelsgewerbe (§§ 2 und 3 H. G.-B.).

Natürliche Handelsgewerbe sind solche, deren Betreiben als solches dem Gewerbe die Eigenschaft als Handelsgewerbe verleiht. Es sind dies die in § 1 Absatz 2 H. G.-B. aufgeführten Betriebe. Nur in drei Fällen werden noch andere Voraussetzungen gefordert:

Bei den in Ziffer 2 und 9 des § 1 Abs. 2 H. G.-B. aufgeführten Geschäften wird verlangt, daß der Betrieb über den Umfang des Handwerkes hinausgehe. Ob Handwerk oder Fabrik vorliegt, ist Tatfrage. Man wird dabei vor allem von dem weniger oder mehr umfangreichen Umsatze, der Zahl der Arbeitskräfte und maschinellen Einrichtungen, überhaupt der gesamten Anlage des Geschäftes ausgehen müssen. Ferner ist nach einer Reichsgerichtsentscheidung vom 23. Februar 1906 vor allem der Umfang des Geschäftes, die Art des Geschäftsbetriebes und der Herstellung der Arbeitsprodukte sowie die Arbeitsteilung in Betracht zu ziehen.[1])

Nach Ziffer 5 des § 1 Abs. 2 H. G.-B. muß das Personentransportgewerbe zu Lande und auf den Binnenwässern den Charakter einer Anstalt haben, d. h. einen Großbetrieb darstellen.

Die natürlichen Handelsgewerbe bedürfen zur Erlangung ihrer Eigenschaft als solche keiner Eintragung in das Handelsregister.

1) Vergl. Sörgel, 723, 724.

Gerade umgekehrt ist es bei den künstlichen Handelsgewerben. Sie werden zu solchen erst durch Eintragung in das Handelsregister.

Die künstlichen Handelsgewerbe zerfallen in:

1. sogenannte Soll-Handelsgewerbe (§ 2 H. G.-B.). Das sind alle Unternehmen, die nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordern, auch wenn die Voraussetzungen des § 1 Abs. 2 H. G.-B. nicht vorliegen.

2. sogenannte Kann-Handelsgewerbe (§ 3 H. G.-B.): das sind land- und forstwirtschaftliche Nebenbetriebe, die nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordern.

Erwähnt sei noch der Scheinkaufmann: so bezeichnet man einen zu Unrecht in das Handelsregister eingetragenen Gewerbsmann. Nach § 4 H. G.-B. sollen in das Handelsregister nur Vollkaufleute, nicht aber Nichtkaufleute oder Minderkaufleute eingetragen werden. Letztere kommen für diese Abhandlung nicht in Betracht, weil es hier nur auf die Kaufmannseigenschaft ankommt, die Minderkaufleute diese aber besitzen.

Wohl aber ist die Frage aufzuwerfen, wie es sich mit dem Nichtkaufmann verhält, der in das Handelsregister eingetragen ist: Es kommt darauf an, ob der Eingetragene ein Gewerbe betreibt oder nicht. Betreibt er ein solches, so kann er gemäß § 5 H. G.-B. demjenigen gegenüber, der sich auf die Eintragung beruft, nicht geltend machen, daß das von ihm betriebene Gewerbe kein Handelsgewerbe sei. Folglich gilt er seinem Handlungsgehülfen gegenüber als Kaufmann.

Anders verhält es sich, wenn der Eingetragene überhaupt kein Gewerbe betreibt. Dann müßte man eigentlich sagen, daß er auch nicht einmal Scheinkaufmann ist. Staub[1]) stellt für diesen Fall den Satz auf: „Wer im Rechtsverkehr als Kaufmann auftritt, gilt als Kaufmann." Geriert sich also jemand als Kaufmann, so muß er sich gefallen lassen, daß er auch als Kaufmann gilt, „denn jeder muß zulassen, daß seine Erklärung diejenige Auffassung und Bedeutung erhält, die ihr nach Treu und Glauben im Rechtsverkehr zukommt."[2]) Läßt sich aber jemand in das Handelsregister eintragen, so ist dies der markanteste Fall des „sich als Kaufmann Gerierens." Folglich muß gemäß obigem Grundsatze dieser Eingetragene als Kaufmann gelten. Man könnte in diesem Falle aus § 5 H. G.-B. Schlüsse ziehen wollen und sagen, daß in § 5 der Einwand versagt sei, daß das Gewerbe kein Handelsgewerbe sei, somit aber der Einwand zugelassen sei, daß es überhaupt kein Gewerbe sei. Hierzu bemerkt Staub,[1]) daß man auch diesen Einwand zurückweisen müsse, da man von der oben ausgeführten Regel auszugehen und die Sachlage nach Treu und Glauben zu beurteilen habe. Aber diese Ansicht Staubs entbehrt jeder Grundlage.

Besonderes gilt, wenn jemand in einem Handelsgewerbe angestellt ist, das der Staat betreibt. Bei Beantwortung der Frage, ob er Handlungsgehülfe ist, wird man nach Staub davon ausgehen müssen, in welcher Eigenschaft ihn der Staat anstellen wollte. Staub meint: Stellt der Staat die betreffende Person nicht als

1) Staub Excurs zu § 5, S. 79.
2) §§ 157 und 242 B. G.-B.

Staatsbeamten an, so wird man ohne Zweifel annehmen müssen, daß das Dienstverhältnis zivilrechtlicher Natur und infolgedessen als Handlungsgehülfenverhältnis anzusehen ist.

Wenn der Staat jedoch die Person unter den gleichen Bedingungen als Staatsbeamten anstellt, dann geht Staubs Ansicht dahin, daß das Moment der Staatsbeamteneigenschaft das prävalierende sei. Infolgedessen verneint er in diesem Falle die Handlungsgehülfeneigenschaft.[1])

Im Gegensatze hierzu wollen Lehmann und Ring auf die Absicht des Staates keine Rücksicht nehmen, indem sie allen vom Staate als einem Kaufmanne angestellten Personen die Handlungsgehülfeneigenschaft schlechthin absprechen.[2])

Düringer und Hachenburg[3]) vertreten eine dritte und wohl richtige Ansicht: die Handlungsgehülfeneigenschaft liegt vor, wenn auf seiten des Staates die Voraussetzungen der Kaufmannseigenschaft erfüllt sind, und die Anstellung der betreffenden Personen zur Leistung kaufmännischer Dienste gegen Entgelt erfolgt ist.

§ 3.

Die Pflichten des Handlungsgehülfen.

Wie oben ausgeführt worden ist, beruht das Handlungsgehülfenverhältnis auf einem Vertrage. Vermöge dieses schuldet der eine Teil dem andern gewisse Leistungen, die bestimmt werden entweder durch Vereinbarungen in dem Vertrage oder durch das Gesetz,

1) Staub 194.
2) Lehmann und Ring 150.
3) Düringer und Hachenburg 195.

letzteres dann, wenn es sich entweder um eine gesetzliche Ergänzung der vertraglichen Ausmachungen oder um absolute gesetzliche Bestimmungen für das Handlungsgehülfenverhältnis handelt.

Hier seien die gesetzlichen Bestimmungen über die Pflichten und Rechte der Handlungsgehülfen erwähnt, weil diese für die Kündigung, besonders für die sofortige von Wichtigkeit sind.

Der Handlungsgehülfe ist verpflichtet:

1. zur Leistung von Diensten: Schon oben ist gesagt worden, daß die vom Handlungsgehülfen zu leistenden Dienste kaufmännische Dienste sein müssen, d. h. nach Ansicht des Reichsgerichtes [1]) Dienste, die eine kaufmännische Signatur tragen, richtiger vielleicht Dienste, die eine kaufmännische Bildung voraussetzen.

Die Art und der Umfang der Dienste bestimmt sich in erster Linie nach den Vereinbarungen. Subsidiär kommt der Ortsgebrauch in Betracht, ergänzend die den Umständen entsprechende Angemessenheit. Unter Ortsgebrauch ist die Handelsverkehrssitte eines örtlichen Bezirkes zu verstehen, die auch vor dem Gesetze, nicht aber gegen zwingende Gesetzesvorschriften anzuwenden ist.

Ob der Handlungsgehülfe auch andere als kaufmännische Dienste leisten muß, ist eine bestrittene Frage. Im Zweifel wird sich seine Verpflichtung nur auf kaufmännische Dienste erstrecken. Staub [2]) will andere als kaufmännische Dienste zulassen, wenn die kaufmännischen Dienste prävalieren, Lehmann [3]) nur, wenn die Leistung

1) R.-G. I 268.
2) Staub 278.
3) Lehmann 194.

solcher anderer Dienste ausgemacht ist. Ist der Handlungsgehülfe zu bestimmten kaufmännischen Diensten engagiert, so wird man ihm auch andere kaufmännische Dienste zumuten können, wenn diese nicht eine größere Arbeitsleistung beanspruchen und in sozialer Beziehung seiner bisherigen Stellung entsprechen.

Der Handlungsgehülfe hat die Dienste im Zweifel in Person zu leisten [1]); auch ist der Anspruch auf Leistung der Dienste im Zweifel nicht übertragbar. [1])

Über den Ort der Dienstleistung entscheidet die Vereinbarung. Hat der Prinzipal an einem Orte mehrere Niederlassungen, so muß der Handlungsgehülfe an allen Niederlassungen seine Dienste verrichten; nicht aber braucht er es an auswärtigen Niederlassungen zu tun.[2]) Der zeitliche Umfang der Dienstleistung bestimmt sich einmal nach § 62 H. G.-B., dann für die besonderen Fälle der Arbeit an Sonn- und Festtagen und in offenen Verkaufsstellen nach der Gewerbeordnung.

Nach der allgemeinen Bestimmung des § 62 H. G.-B. hat der Prinzipal die Arbeitszeit so zu regeln, daß der Handlungsgehülfe gegen eine Gefährdung seiner Gesundheit, soweit die Natur des Betriebes es gestattet, geschützt ist.

Die Arbeitszeit an Sonn- und Festtagen wird durch die Gewerbeordnung §§ 105a ff. dahin festgelegt: an sich kann der Prinzipal seinen Handlungsgehülfen nicht zum Arbeiten an Sonn- und Festtagen verpflichten; dies ist nur innerhalb der von der Gewerbeordnung vorgesehenen Grenzen zulässig, die durch landesgesetzliche Be-

1) § 613 B. G.-B.
2) Auskunft der Berliner Ältesten bei Staub 283.

schränkungen noch enger gezogen werden können.[1]) Welche Tage als Festtage gelten bestimmen unter Berücksichtigung der örtlichen und konfessionellen Verhältnisse die Landesregierungen.[2])

Für die Leistung von Diensten an Tagen, die für den Handlungsgehülfen Festtage sind, nicht aber für den Ort, wo der Handlungsgehülfe angestellt ist, ist, wenn der Handlungsgehülfe in die häusliche Gemeinschaft aufgenommen ist, § 62 Absatz 2 H. G.-B. maßgebend, wonach der Prinzipal in Ansehung der Arbeitszeit diejenigen Einrichtungen zu treffen hat, die mit Rücksicht auf die Religion des Handlungsgehülfen erforderlich sind. Diese Bestimmung wird man wohl unbedenklich auch auf die nicht in die häusliche Gemeinschaft aufgenommenen Handlungsgehülfen ausdehnen können.[3])

In Betreff der Arbeitszeit an Werktagen ist nur für die Arbeit in offenen Verkaufsstellen eine gesetzliche Regelung getroffen. Offene Verkaufsstelle ist jede dem Zutritt des Publikums offenstehende, dem Verkaufe von Waren dienende Stätte.[4]) In solchen offenen Verkaufsstellen und den dazu gehörenden Schreibstuben und Lagerräumen ist den Gehülfen nach Beendigung der täglichen Arbeitszeit eine ununterbrochene Ruhezeit von mindestens 10 Stunden, evtl. unter den Voraussetzungen des § 139c, Abs. 2 Gew.-Ord. von mindestens 11 Stunden zu gewähren. Innerhalb der Arbeitszeit ist eine angemessene Mittagspause und zwar, wenn der Handlungsgehülfe außerhalb des die Verkaufsstelle enthaltenden

1) § 105h Abs. 1 Gew.-O.
2) § 105a Abs. 2 Gew.-O.
3) Staub 331.
4) Goldmann 369.

Gebäudes sein Mittagsmahl einnimmt, von mindestens $1^1/_2$ Stunden zu gewähren.

2. Ferner ist der Handlungsgehülfe verpflichtet, dem Prinzipale Gehorsam zu leisten. Diese Verpflichtung ergibt sich aus der Natur des Handlungsgehülfenverhältnisses als eines „Dienst-" Verhältnisses, nach dessen Inhalte der Handlungsgehülfe den Weisungen des Prinzipales nachzukommen verpflichtet ist. Der Handlungsgehülfe kann jedoch den Gehorsam verweigern, wenn sich die Weisungen des Prinzipals als Chikane darstellen.[1])

3. Ebenfalls aus der Natur des Dienstverhältnisses, und zwar insofern, als es sich dabei um eine Vertrauensstellung handelt, folgt, daß der Handlungsgehülfe zur Verschwiegenheit verpflichtet ist. Diese Verpflichtung wird des Näheren geregelt durch § 17 Abs. 1 des Reichsgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vom 7. Juni 1909. Darnach ist der Handlungsgehülfe als Angestellter eines Geschäftsbetriebes gebunden, Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse, die ihm vermöge des Dienstverhältnisses anvertraut waren oder sonst zugänglich geworden sind, während des Dienstverhältnisses nicht unbefugt an Andere zu Zwecken des Wettbewerbes oder in der Absicht, dem Inhaber des Geschäftsbetriebes Schaden zuzufügen, mitzuteilen.

4. Insoweit es sich bei dem Handlungsgehülfenverhältnis um eine Beauftragung handelt, ist der Handlungsgehülfe gemäß §§ 666 und 675 B. G.-B. verpflichtet, dem Prinzipale als dem Auftraggeber die erforderlichen Nachrichten zu geben, auf Verlangen über

1) § 226 B. G.-B.

den Stand des Geschäftes Auskunft zu erteilen und nach Ausführung des Auftrags Rechenschaft abzulegen.

5. Um den Handlungsgehülfen anzuhalten, dem Prinzipale seine ganze Arbeitskraft zu widmen, aber auch, um den Prinzipal vor geschäftlicher Schädigung durch den über das Geschäft orientirten Handlungsgehülfen zu schützen, bestimmt das Konkurrenzverbot: der Handlungsgehülfe darf ohne Einwilligung des Prinzipales weder ein Handelsgewerbe betreiben, noch in dem Handelszweige des Prinzipales für eigene oder fremde Rechnung Geschäfte machen.[1])

Das Konkurrenzverbot untersagt demnach zweierlei:

1. das Betreiben eines Handelsgewerbes.

2. Das Geschäftemachen im Handelszweige des Prinzipals auf eigene oder fremde Rechnung:

Die übereinstimmende Ansicht[2]) [3]) geht dahin, daß als Handelszweig des Prinzipals derjenige anzusehen ist, den er tatsächlich betreibt, ohne Rücksicht, ob er ihn bei Begründung des Dienstverhältnisses schon betrieben hat. Betreibt er mehrere Handelszweige, so ist derjenige maßgebend, in dem der Handlungsgehülfe angestellt ist.[4])

Der Begriff „Geschäftemachen" ist nicht identisch mit „Handelsgeschäfte machen", vielmehr ist er bedeutend weiter zu fassen, indem darunter das Entwickeln einer spekulativen Tätigkeit, sei es im eigenen Namen, sei es im fremden Namen, zu verstehen ist.[4]) [5]) Wesentlich ist also die Gewinnabsicht,[3]) wobei zu beachten ist, daß diese

1) § 60 Abs. 1 H. G.-B.
2) Staub 291.
3) Goldmann 297.
4) Lehmann und Ring 157.
5) Staub 290.

sich nicht nur in dem „Zumabschlußbringen", sondern schon in dem Tätigsein zum Zwecke des Abschlusses des Geschäftes äußern kann.

Die unter 1 und 2 genannten Fälle sind jedoch nur verboten, wenn die Einwilligung des Prinzipales fehlt. Die Erteilung derselben bedarf keiner besonderen Form. Sie kann ausdrücklich und stillschweigend geschehen.

Etwas besonderes gilt für den Fall, daß der Handlungsgehülfe bei der Anstellung bereits ein Handelsgewerbe betrieb und der Prinzipal davon Kenntnis hatte oder haben mußte. Dann wird die Einwilligung des Prinzipales zum Betriebe dieses Handelsgewerbes fingiert, wenn der Prinzipal nicht die ausdrückliche Vereinbarung getroffen hat, daß der Handelsgehülfe das Handelsgewerbe aufgeben soll.[1])

§ 4.
Die Rechte des Handlungsgehülfen.

Der Handlungsgehülfe hat Anspruch auf Vergütung seiner Dienste. Er kann, soweit nicht besondere Vereinbarungen über die ihm zukommende Vergütung getroffen sind, die dem Ortsgebrauche entsprechende Vergütung beanspruchen. In Ermangelung eines Ortsgebrauches gelten die den Umständen nach angemessenen Leistungen als vereinbart.[2])

Die Vergütung ist, sofern nicht etwas anderes vereinbart ist, nach der Leistung der Dienste zu entrichten.[3])

Sie kann bestehen in barem Gelde oder in Ware. Im ersteren Falle kann sie wiederum sein: Festes Ge-

1) H. G.-B. 60 Absatz 2.
2) H. G.-B. 59.
3) B. G.-B. 614.

halt, Provision oder Tantieme. Jedoch darf sie nicht so niedrig sein, daß nach B. G.-B. 138, falls die dort verlangten weiteren Voraussetzungen gegeben sind, der Fall des Wuchers vorliegt.

Wenn dem Handlungsgehülfen eine Provision für die von ihm geschlossenen oder vermittelten Geschäfte gezahlt werden soll, so gebührt ihm mangels einer anderen Vereinbarung für jedes zur Ausführung gelangte Geschäft, das durch seine Tätigkeit zu Stande gekommen ist, eine Provision. Besteht seine Tätigkeit in der Vermittelung oder dem Abschlusse von Verkäufen, so ist im Zweifel der Anspruch auf die Provision erst nach dem Eingange der Zahlung und nur nach dem Verhältnisse des eingegangenen Geldes erworben. Ist die Ausführung eines Geschäftes infolge des Verhaltens des Prinzipales ganz oder teilweise unterblieben, ohne daß hierfür wichtige Gründe in der Person desjenigen vorlagen, mit welchem das Geschäft abgeschlossen werden sollte, so hat der Handlungsgehülfe die volle Provision zu beanspruchen. Ist die Höhe der Provision nicht bestimmt, so ist die übliche Provision zu entrichten.[1])

Für die Lohnzahlung in Gestalt von Tantieme ist eine gesetzliche Bestimmung nicht getroffen. Sie richtet sich also in Ermangelung von Vereinbarungen nach dem Ortsgebrauche gemäß H. G.-B. 59.

Tantieme ist Lohnzahlung in Form von Gewinnanteil. Der commis interessé ist eine ähnliche Figur wie der stille Gesellschafter, ist aber keiner, da sich aus dem Dienstverhältnisse eine Unterordnung desselben unter

1) H. G.-B. 65, 88.

den Prinzipal ergibt, wogegen bei der stillen Gesellschaft eine Gleichberechtigung der Teilhaber besteht. Wegen dieser grundsätzlichen Unterordnung des commis interessé unter seinen Prinzipal wird man auch die Ansicht einiger Juristen zurückweisen müssen, die die Grundsätze des Bürgerlichen Rechtes über die Gesellschaft bei Berechnung der Tantieme angewendet wissen wollen. Es wird vielmehr davon auszugehen sein, daß durch die Vereinbarung einer Tantieme ein partiarisches Rechtsverhältnis[1]) begründet wird, das gemäß H. G.-B. 59 zu beurteilen ist, das heißt in letzter Linie nach der von den Grundsätzen über Treu und Glauben geleiteten Angemessenheit, wobei noch besonders zu berücksichtigen ist, daß sich der Handlungsgehülfe bei Berechnung des Reingewinnes den Betrag desjenigen nicht anrechnen zu lassen braucht, was der Prinzipal einer anderen am Gewinn beteiligten Person zu zahlen hat.[2])

Die Zahlung des dem Handlungsgehülfen zukommenden Gehaltes, insoweit es in festen Bezügen besteht,[3]) hat am Schlusse jedes Monates zu erfolgen. Eine Vereinbarung, nach der die Zahlung des Gehaltes später erfolgen soll, ist nichtig.[4]) „Schluß des Monates" ist hier nicht gleich Schluß des Kalendermonates; vielmehr soll es nur heißen,[5]) daß das Gehalt mindestens alle Monate gezahlt werden soll. Es ist also die Vereinbarung einer kürzeren Zahlungsperiode zulässig. Diese Vorschrift bezieht sich aber nur auf den Fall, daß das

1) Lehmann 195.
2) Makower 196.
3) Staub 304, Lehmann und Ring 164, Makower 207, Goldmann 218.
4) H. G.-B. 64.
5) Staub 304.

Dienstverhältnis am Schlusse des Monates noch besteht. Endet es vorher, so muß bei der Beendigung desselben gezahlt werden.[1])

Wie ist nun die Vergütung zu gewähren?

Aus der Fassung des H. G.-B. 64 könnte man schließen wollen, daß für die Vergütung das Gebot der Barzahlung ausgesprochen sei. Dies wird aber zu verneinen sein, da der Schwerpunkt des angeführten Paragraphen die Bestimmung der Zahlungszeit ist und eine Anordnung der Barzahlung unnötig erscheint, da der Handlungsgehülfe schon genügend geschützt ist, so z. B. durch das Gebot der Unzulässigkeit der Aufrechnung, soweit die Pfändbarkeit ausgeschlossen ist.[2]) Auch hat der Handlungsgehülfe ein Vorzugsrecht im Konkurse des Prinzipales.[3])

Einen weiteren Schutz genießt der Handlungsgehülfe dadurch, daß ihm ein zweifaches Zurückbehaltungsrecht zusteht, nämlich die exceptio non adimpleti contractus aus B. G.-B. 320 und das Leistungsverweigerungsrecht aus B. G.-B. 273.

Als zurückzubehaltende Leistung seitens des Handlungsgehülfen kann einmal die Leistung der von ihm geschuldeten Dienste in Betracht kommen, dann aber auch die Herausgabe von dem Prinzipale gehörigen Gegenständen.

Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages aus B. G.-B. 320 wird praktisch wenig vorkommen, da der Handlungsgehülfe gemäß B. G.-B 614 im Zweifel zur Vorleistung

1) Staub 304.
2) B. G.-B. 394 in Verbindung mit C. P.-O. 850.
3) K. O. 61.

verpflichtet ist. Braucht er aber nicht vorzuleisten, so kann er sich auf B. G.-B. 320 berufen und seine Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung verweigern.

Meistens wird der Handlungsgehülfe sein Leistungsverweigerungsrecht auf B. G.-B. 273 stützen. Dieser Paragraph setzt keineswegs voraus, daß der Schuldner, also hier der Handlungsgehülfe, so weit es sich um die Herausgabe von Sachen handelt, Besitzer sein muß.[1]) Dafür gibt es im Gesetze keinen Anhalt. Es genügt, daß der Schuldner Besitzdiener im Sinne von B. G.-B. 855 ist.

Einen gesetzlichen Anspruch, daß seine Dienste angenommen werden, hat der Handlungsgehülfe nicht. Wohl aber wird man ihm für den Fall daß er nicht als Handlungsgehülfe im allgemeinen, sondern für einen bestimmten Geschäftskreis engagiert ist, das Recht zuerkennen müssen, falls er überhaupt kaufmännische Dienste dem Prinzipale leistet, gerade in diesem Geschäftskreise beschäftigt zu werden.[2])

Nimmt der Prinzipal die Dienstleistung des Handlungsgehülfen nicht an, so kann ihn der Handlungsgehülfe dadurch in Verzug bringen, daß er ihm seine Leistungen realiter, eventuell unter den Voraussetzungen von B. G.-B. 295, 296 auch nur verbaliter anbietet.

Kommt der Prinzipal auf diese Weise mit der Annahme der Dienste in Verzug, so kann der Handlungsgehülfe für die infolge des Verzuges nicht geleisteten Dienste die Vergütung verlangen, ohne seinerseits zur Nachleistung verpflichtet zu sein. Er muß sich jedoch den

1) Staub 287.
2) Staub 282.

Wert desjenigen anrechnen lassen, was er infolge des Unterbleibens der Dienstleistung erspart, oder durch anderweite Verwendung seiner Dienste erworben oder zu erwerben böswillig unterlassen hat.[1])

Weiter stehen dem Handlungsgehülfen noch einige Ansprüche zu, die ihren Grund darin haben, daß der Handlungsgehülfe als der wirtschaftlich schwächere einen umfangreicheren Schutz genießen soll, als der Prinzipal.

Es sind dies:

a) der Anspruch aus H. G.-B. 63: Darnach behält der Handlungsgehülfe, der durch unverschuldetes Unglück an der Leistung der Dienste verhindert ist, den Anspruch auf Gehalt und Unterhalt, jedoch nicht über die Dauer von 6 Wochen hinaus.

Diese Bestimmung ist eine Ausnahme von B. G.-B. 323, wonach derjenige den Anspruch auf die Gegenleistung verliert, dem seine ihm aus einem gegenseitigen Vertrage obliegende Leistung infolge eines Umstandes unmöglich wird, den weder er noch der andere Teil zu vertreten hat.

Das Recht aus H. G.-B. 63 steht dem Handlungsgehülfen also zu, wenn er durch „unverschuldetes Unglück" an der Leistung der Dienste behindert ist. „Unglück"[2]) ist ein Leid, sei es psychisch, sei es physisch, das auf den Betroffenen derart einwirkt, daß von ihm nach billigem Ermessen eine Fortsetzung seiner Dienste nicht verlangt werden kann. „Unverschuldet" ist das Unglück dann, wenn es eingetreten ist, ohne daß es der Betroffene weder vorsätzlich noch fahrlässig herbeigeführt hat, sich also z. B. nicht von der normalen Lebensweise entfernt hat.

1) B. G.-B. 615.
2) Staub 299.

Daß das Dienstverhältnis z. Zt. des Eintrittes des Unglückes noch bestehen muß, ergibt sich aus der Fassung von H. G.-B. 63. Die an sich 6-wöchige Frist verkürzt sich, wenn das Dienstverhältnis aus einem anderen Grunde eher zur Beendigung kommt, als dem, daß es wegen der durch das unverschuldete Unglück herbeigeführten Verhinderung gekündigt wird.[1]) Was dem Handlungsgehülfen während dieser höchstens 6-wöchigen Frist aus einer Kranken- oder Unfallversicherung zukommt, braucht er sich nicht auf seine Vergütung anrechnen zu lassen.[2])

Eine Vereinbarung, die dem Absatze 2 des § 63 H. G.-Bs. zuwiderläuft, ist nichtig, nicht aber eine solche die gegen Absatz 1 verstößt. D. H.: Handlungsgehülfe und Prinzipal können gültig vereinbaren, daß der Handlungsgehülfe seines Anspruches auf Gehalt und Unterhalt verlustig geht, wenn er durch unverschuldetes Unglück an der Leistung der Dienste verhindert wird, nicht aber können sie ausmachen, daß die Anrechnung desjenigen ausgeschlossen sei, was dem Handlungsgehülfen aus einer Kranken- oder Unfallversicherung zukommt.

b) Ist der Handlungsgehülfe nicht durch unverschuldetes Unglück an der Leistung der Dienste verhindert worden, so kann unter bestimmten Voraussetzungen zu Gunsten des Handlungsgehülfen B. G.-B. 616 Anwendung finden. Darnach geht der Handlungsgehülfe seines Anspruches auf Vergütung nicht dadurch verlustig, daß er für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit durch einen in seiner Person liegenden Grund, aber ohne sein

1) H. G.-B. 72 Abs. 2, Staub 300, Makower 207.
2) H. G.-B. 63 Absatz 2.

Verschulden an der Dienstleistung verhindert wird. Er muß sich in diesem Falle den Betrag anrechnen lassen, der ihm für die Zeit der Verhinderung aus einer auf Grund gesetzlicher Verpflichtung bestehenden Kranken- oder Unfallkasse zukommt.

c) Der Handlungsgehülfe kann ferner gemäß H. G.-B. 62 verlangen, daß der Prinzipal die Geschäftsräume und die für den Geschäftsbetrieb bestimmten Vorrichtungen und Gerätschaften so einrichte und unterhalte, auch den Geschäftsbetrieb und die Arbeitszeit so regele, daß der Handlungsgehülfe gegen eine Gefährdung seiner Gesundheit, soweit es die Natur des Betriebes gestattet, geschützt und die Aufrechterhaltung der guten Sitten und des Anstandes gesichert sei. Für den in die häusliche Gemeinschaft aufgenommenen Handlungsgehülfen gilt noch im besonderen, daß er verlangen kann, daß der Prinzipal in Ansehung des Wohn- und Schlafraumes, der Verpflegung, sowie der Arbeits- und Erholungszeit diejenigen Einrichtungen und Anordnungen treffe, die mit Rücksicht auf die Gesundheit, die Sittlichkeit und die Religion des Handlungsgehülfen erforderlich sind.[1])

II. Abschnitt.

Die Kündigung des Handlungsgehülfen-Verhältnisses.

§ 5.

Die rechtliche Bedeutung der Kündigung.

Wie bereits gesagt, ist die Kündigung eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung, die die Beendigung

1) H. G.-B. 62 Absatz 2.

eines Vertragsverhältnisses zum Ziele hat, dessen Fortsetzung von dem freien Willen des Erklärenden abhängig ist.

Die Erklärung der Kündigung bedarf mangels gesetzlicher Vorschriften im Handelsgesetzbuche und Bürgerlichen Gesetzbuche keiner bestimmten Form. Sie wird wirksam, wenn sie in Gegenwart des Gegenkontrahenten abgegeben wird, im Zeitpunkte der Abgabe, wenn sie in dessen Abwesenheit erklärt wird, in dem Zeitpunkte, in dem sie ihm zugeht.

Zugegangen ist sie, da das bürgerliche Gesetzbuch die Empfangstheorie vertritt,[1]) dann, wenn der Adressat in die Lage versetzt worden ist, daß die Entgegennahme der Erklärung unter normalen Verhältnissen in seiner Macht liegt. So ist die an den Handlungsgehülfen gerichtete Kündigungserklärung z. B. als zugegangen anzusehen in dem Augenblicke, in dem der Postbote den die Kündigung enthaltenden Brief in den Briefkasten des Handlungsgehülfen gesteckt hat.

Eine Zurücknahme der Kündigung ist zulässig bis zu dem Zeitpunkte, an dem sie dem Adressaten zugeht. Die Kündigung würde also um bei obigem Beispiele zu bleiben, nicht wirksam werden, wenn der Postbote schon vorher oder gleichzeitig ein den Widerruf der Kündigung enthaltendes Telegramm in den Kasten des Handlungsgehülfen geworfen hätte.

Nach ihrem Zugange können die Wirkungen der Kündigung nur im Wege der Vereinbarung der Vertragsparteien wieder beseitigt werden.

1) B. G.-B. 130.

Erklärt werden kann die Kündigung von und gegenüber beiden Vertragsteilen, sei es direkt, sei es unter Vermittelung von Vertretern.

Erfolgt die Erklärung durch einen Vertreter, so macht es keinen Unterschied, ob die Erklärung ausdrücklich im Namen des Vertretenen abgegeben wird, oder ob die Umstände ergeben, daß sie in dessen Namen erfolgen soll.[1]) Dasselbe gilt für den Fall, daß die dem Gegenkontrahenten abzugebende Kündigungserklärung dessen Vertreter gegenüber erfolgt.[2]) So genügt es z. B., wenn in einem größeren Geschäfte die Erklärung der Kündigung durch den betreffenden Ressortvorstand oder diesem gegenüber erfolgt.

Der Inhalt der die Kündigung enthaltenden Willenserklärung muß bestimmt sein, d. h. es muß aus ihm deutlich erkennbar hervorgehen, daß eine Kündigung ausgesprochen werden soll. Bei der Auslegung der Willenserklärung muß man von der allgemeinen Regel des § 133 B. G.-B. ausgehen und zu ergründen suchen, ob die Kündigung tatsächlich ausgesprochen oder nur angedroht werden sollte.

Nicht übereinstimmend ist in der Literatur die Ansicht darüber, ob bei der Kündigung eine Bedingung zulässig ist. Die einen verneinen es,[3]) die andern bejahen es.[4]) Meines Erachtens gibt es sowohl nach Handelsrecht als auch nach bürgerlichem Rechte keinen Grund, die Zulässigkeit einer Bedingung zu verneinen. Nur wird man demjenigen Vertragsteile, dem die bedingte

1) B. G.-B. 164 Absatz 1.
2) B. G.-B. 164 Absatz 3.
3) Staub 311, Goldmann 324.
4) Lehmann und Ring 166, Makower 209.

Kündigung erklärt wird, das Recht zugestehen müssen, die Bedingung als für sich unverbindlich anzusehen, wenn die Erfüllung derselben eine Änderung des ursprünglichen Vertragsverhältnisses darstellen würde. Macht er von diesem Rechte gebrauch, so wird es Tatfrage sein, ob die Kündigung auch ohne die Bedingung gewollt ist.

A.

Die Kündigung mit Einhaltung einer Kündigungsfrist.

§ 6.

Die gesetzliche Kündigung.

a) Die gesetzliche Kündigung bei einem auf unbestimmte Zeit abgeschlossenen Dienstverhältnisse:

Das Handelsgesetzbuch gibt in § 66 eine Bestimmung der Kündigung für den Fall, daß durch Vertrag nichts über die Kündigung vereinbart ist. Diese Bestimmung schreibt vor: Das Dienstverhältnis zwischen dem Prinzipale und dem Handlungsgehülfen kann, wenn es für unbestimmte Zeit eingegangen ist, von jedem Teile für den Schluß eines Kalendervierteljahres unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von 6 Wochen gekündigt werden.

Um den Geltungsbereich dieser Vorschrift zu verstehen, muß dargetan werden, was man unter einem auf unbestimmte Zeit abgeschlossenen Dienstverhältnisse zu verstehen hat. Es läßt sich negativ als ein solches bezeichnen, das nicht „auf bestimmte Zeit" abgeschlossen ist. Das auf bestimmte Zeit abgeschlossene Dienstver-

hältnis ist sowohl ein solches, bei dem der Ablauf der Zeit, für die es eingegangen wird, im voraus festgelegt ist, sei es durch Angabe eines Termins oder eines Ereignisses, als auch ein solches, dessen Dauer sich aus der Beschaffenheit oder dem Zwecke der Dienste ergibt.[1]) In letzter Beziehung ist aber zu bemerken, daß die Zeit, nach der die Vergütung berechnet oder bezahlt wird, als solche nicht als maßgebend für die Dauer des Dienstverhältnisses betrachtet werden kann. Denn diese Zeitpunkte sind nach § 621 B. G.-B. nur für die Zulässigkeit der Kündigung maßgebend, bestimmen aber keineswegs die Dauer des Dienstverhältnisses. Sie können bei Streit über die Dauer des Dienstverhältnisses höchstens als beweisunterstützende Momente dienen.[2])

b) Die Kündigung bei einem auf bestimmte Zeit eingegangenen Dienstverhältnisse:

Ist das Dienstverhältnis auf bestimmte Zeit eingegangen, so greift in Ermangelung handelsrechtlicher Vorschriften das bürgerliche Gesetzbuch[3]) ein. Das Dienstverhältnis endigt mit dem Ablaufe der Zeit, für die es eingegangen ist. Gekündigt werden kann es — ausgenommen die Fälle der sofortigen Kündigung — nicht. Nur für einen einzigen Fall des Eingehens eines Dienstverhältnisses auf bestimmte Zeit macht das Gesetz zu Gunsten des Handlungsgehülfen eine Ausnahme.[4]) Ist nämlich das Dienstverhältnis für die Lebenszeit einer Person, sei es des Prinzipals, sei es des Handlungsgehülfen oder eines Dritten oder auf eine längere Zeit als 5 Jahre

1) B. G.-B. 620.
2) Goldmann 323a.
3) B. G.-B. 620 Absatz 1.
4) B. G.-B. 624.

eingegangen, so hat der Handlungsgehülfe, nicht aber der Prinzipal, das Recht, das Dienstverhältnis nach dem Ablaufe von 5 Jahren mit Einhaltung einer Kündigungsfrist von 6 Monaten zu kündigen. Als ein Dienstverhältnis, das auf längere Zeit als 5 Jahre eingegangen ist, will Goldmann[1]) auch ein solches angesehen haben, dessen Beendigung von dem Eintritte eines Ereignisses abhängig gemacht worden ist, das nicht vor Ablauf von 5 Jahren seit Begründung des Verhältnisses eingetreten ist.

Zu beachten ist, daß das auf bestimmte Zeit eingegangene Dienstverhältnis zu einem ohne bestimmten Endigungstermine werden kann: Wird nämlich das für bestimmte Zeit eingegangene Dienstverhältnis nach dem Ablaufe der Dienstzeit von dem Handlungsgehülfen mit Wissen des Prinzipales fortgesetzt, so gilt es als auf unbestimmte Zeit verlängert, sofern nicht der Prinzipal ohne schuldhaftes Verzögern widerspricht,[2]) d. h. also: Es findet nunmehr mangels anderer Ausmachung H. G.-B. § 66 Anwendung.

Die Kündigung eines Dienstverhältnisses, das auf unbestimmte Zeit abgeschlossen ist oder das zunächst auf bestimmte Zeit abgeschlossen war, dann aber gemäß B. G.-B. 625 als auf unbestimmte Zeit verlängert gilt, kann von beiden Vertragsteilen erfolgen. Die Kündigung ist für beide Teile nur für den Schluß eines Kalendervierteljahres zulässig, und zwar muß dabei eine Kündigungsfrist von 6 Wochen gewährt werden. Es muß die Erklärung also spätestens am 43. Tage vor

1) Goldmann 324.
2) B. G.-B. 625.

Ablauf des betreffenden Quartals erfolgen. Selbstverständlich steht es dem Beteiligten frei, ihre Erklärung auch jederzeit vor dem 43. Tage abzugeben; ja, es steht nichts im Wege, die Erklärung auch schon vor Antritt des Dienstes abzugeben.

Wird die Erklärung der Kündigung abgegeben, so wird man im Zweifel annehmen, daß die Auflösung des Verhältnisses zum nächsten gesetzlich zulässigen Termine gewollt ist. Doch kann auch ein anderer Wille des Erklärenden vorliegen. Er kann sagen, daß er z. B. erst zum übernächsten gesetzlich zulässigen Termine kündige. Äußert sich der Kündigungsempfänger nicht zu dieser Erklärung oder ist er damit einverstanden, so könnte eventuell darin ein Verzicht liegen, seinerseits nicht zu dem Zwischentermine kündigen zu wollen. Ob dies zutrifft, ist Tatfrage. Im Zweifel wird man annehmen können, daß der Kündigende auf die Kündigung zum Zwischentermine verzichtet hat, nicht aber der Kündigungsempfänger.

Wird nach dem 43. Tage zu dem nächsten Vierteljahresschluß gekündigt, so liegt darin im Zweifel eine Kündigung zum nächsten zulässigen Termine, also zum übernächsten Quartalsschlusse.

c) Besonders gilt für den Fall, daß der Prinzipal in Konkurs gerät: Dann steht sowohl dem Konkursverwalter als dem Handlungsgehülfen das Recht zu zu kündigen, mag das Dienstverhältnis auf bestimmte oder auf unbestimmte Zeit eingegangen worden sein. Für die Kündigungsfrist gilt in diesem Falle: Es ist stets mit der gesetzlichen Frist zu kündigen, auch wenn eine Frist ver-

traglich ausgemacht ist, sobald die Vertragsfrist länger ist als die gesetzliche.[1])

§ 7.

Die vertragliche Kündigung.

Wie im vorigen Paragraphen gezeigt worden ist, wird für den Fall, daß eine Abrede über die Kündigung des für unbestimmte Zeit eingegangenen Dienstverhältnisses nicht getroffen worden ist, die Zulässigkeit und der Modus der Kündigung durch H. G.-B. § 66 normiert.

Ist aber bei dem auf unbestimmte Zeit eingegangenen Dienstverhältnisse eine Abrede über die Kündigung unter Einhaltung einer Frist getroffen, so setzt hierfür H. G.-B. § 67 gewisse Grenzen fest, von denen jedoch in den §§ 68 und 69 wieder Ausnahmen gemacht werden. Nicht aber trifft § 67 den Fall, daß das Dienstverhältnis für bestimmte Zeit geschlossen ist; denn eine Vorherbestimmung der Dauer schließt eine freie Verfügung über die Endigung des Verhältnisses aus; diese aber ist als Voraussetzung für die Kündigung unerläßlich. Nur in dem Sinne ist für den Dienstvertrag von bestimmter Dauer nach H. G.-B. 67 eine vertragsmäßige Kündigung möglich, daß vereinbart wird, in Ermangelung einer vor dem Ablaufe der Vertragszeit erfolgten Kündigung solle das Verhältnis als verlängert gelten[2]). Die Kündigung hat freilich dann nicht eigentlich den Charakter einer solchen, sondern sie hat im Grunde die Natur einer Protestation oder Verwahrung. Der Kündigende verwahrt sich gegen die Folgen, die nach Vereinbarung aus seinem Schweigen entstehen würden[3]).

1) R.-O. 22.
2) H. G.-B. 67, Abs. 3.
3) Lehmann und Ring 167.

H. G.-B. 67 bezieht sich nur auf die Vereinbarung einer Kündigung mit Einhaltung einer Frist. Es ist daher keineswegs eine Vereinbarung der Beteiligten ausgeschlossen, den Vertrag zu irgend welcher Zeit in gegenseitigem Einverständnisse aufzulösen oder seine Auflösung irgendwie von einer Bedingung abhängig zu machen.

Über die vertragliche Ausmachung der Kündigung bestimmt H. G.-B 67 Absatz 1: Wird durch Vertrag eine kürzere oder längere Kündigungsfrist bedungen, so muß sie für beide Teile gleich sein; sie darf nicht weniger als einen Monat betragen.

Voraussetzung der Anwendung dieser Vorschrift ist, daß überhaupt eine Kündigungsfrist ausgemacht ist, und daß sie kürzer oder länger ist als die im H. G.-B. § 66 vorgeschriebene gesetzliche Kündigungsfrist. Sie muß also mehr oder weniger als 6 Wochen betragen. Für den Fall, daß eine 6-wöchige Kündigungsfrist ausgemacht ist, wird man im Zweifel annehmen können, daß die gesetzliche Kündigung gemeint ist. Es würde dann § 66 H. G.-B. zur Anwendung kommen, die Kündigung also nur für den Schluß eines Kalendervierteljahres zulässig sein.

Liegen die erwähnten Voraussetzungen vor, so schreibt H. G.-B. § 67 Absatz 1 vor: Die Frist der vertragsmäßigen Kündigung muß mindestens einen Monat betragen.

Weiter bestimmt H. G.-B. § 67, daß die Kündigungsfrist für beide Teile gleich sein muß. Hierdurch wird die Zulässigkeit einer Vereinbarung ausgeschlossen[1]), wonach eine bestimmte Zeitdauer des Dienstverhältnisses in der

1) Staub 312.

Weise ausgemacht wird, daß das Lösungsrecht verschieden normiert wird, z. B. so, daß der Prinzipal das Verhältnis nach Ablauf von einem Jahre, der Handlungsgehülfe aber erst nach Ablauf von 2 Jahren lösen kann. Denn dies ist im Grunde genommen nicht Vereinbarung einer bestimmten Zeitdauer, sondern eines Kündigungsrechtes.

Nach H. G.-B. 67 Absatz 2 kann ferner die Kündigung nur für den Schluß eines Kalendermonats zugelassen werden. Diese Bestimmung bezieht sich auf alle Fälle der vertraglich vereinbarten Kündigung, also auch auf den Fall, daß eine 6-wöchige Kündigungsfrist vereinbart worden ist. Auch in diesem Falle ist demnach die Kündigung für das Ende eines jeden Monats zulässig, falls nicht etwa, wie oben erwähnt, die gesetzliche Kündigung nach H. G.-B. § 66 als vereinbart zu gelten hat.

Der § 67 Absatz 3 H G.-B. bestimmt des weiteren: Die Vorschriften des Absatz 1 des § 67 finden auch in dem Falle Anwendung, wenn das Dienstverhältnis für bestimmte Zeit mit der Vereinbarung eingegangen ist, daß es in Ermangelung einer vor dem Ablaufe der Vertragszeit erfolgten Kündigung als verlängert gelten soll.

Die Voraussetzung für die Anwendung der Vorschrift des Absatz 1 des § 67 auf ein für bestimmte Zeit abgeschlossenes Dienstverhältnis ist also, daß die Vereinbarung getroffen ist, das Dienstverhältnis solle als verlängert gelten, wenn es vor Ablauf der Vertragszeit nicht gekündigt wird.

Daß die Kündigung nur für den Schluß eines Kalendermonats erfolge, ist nicht nötig, da Absatz 2 des

§ 67 nicht für anwendbar erklärt ist, und zwar mit gutem Grunde. Denn sonst könnte eben das Dienstverhältnis nur mit dem Schlusse eines Kalendermonats enden und würden die Parteien in ihrer Verfügungsgewalt über die Dauer des Dienstverhältnisses beschränkt werden.

Ist für die Kündigung im Sinne von § 67 H. G.-B. eine Frist vertraglich vereinbart, so muß sie mindestens einen Monat betragen und für beide Teile gleich sein. Die Kündigung kann also an einem beliebigen Monatstage erfolgen, nur muß sie spätestens an demjenigen Tage erfolgen, der dem Tage vorausgeht, von dem an die Frist läuft, bei monatlicher Kündigung also spätestens an dem Tage, der der Zahl nach demjenigen Tage vorausgeht, an dem in dem nächsten Monat das Verhältnis sein Ende finden soll.

Erfolgt die Kündigung im Sinne von Absatz 3 des § 67 H. G.-B., so endet das Dienstverhältnis gemäß § 620 B. G.-B. Erfolgt sie aber nicht, so ist zu unterscheiden:

Ist über die Länge der Fortdauer des Dienstverhältnisses nichts ausgemacht, so kommt, falls auch über die Kündigung nichts vereinbart ist, § 66 H. G.-B. zur Anwendung; falls eine Kündigung unter Einhaltung einer Frist vereinbart ist, so gilt § 67 Absatz 1 und 2 H. G.-B.

Ist die Fortdauer des Dienstverhältnisses auf bestimmte Zeit mit der Vereinbarung ausgemacht, daß es in Ermangelung einer vor dem Ablaufe der Vertragszeit erfolgten Kündigung als verlängert gelten solle, so ist § 67 Absatz 3 H. G.-B. maßgebend.

Läuft eine Vereinbarung den Vorschriften des Absatzes 1—3 des § 67 H. G.-B. zuwider, so ist diese gemäß Absatz 4 § 67 H. G.-B. nichtig.

Mit „Vereinbarung" ist hier eine solche über die Kündigung des Handlungsgehülfenverhältnisses gemeint. Die Kündigungsabrede aber stellt einen Teil des ganzen Dienstvertrages dar. Es müßte also, wenn die Kündigungsabrede nichtig ist, der ganze Vertrag nichtig sein[1]), falls nicht anzunehmen ist, daß er auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen worden wäre. Im Zweifel wird man aber annehmen können, daß der Vertrag als solcher in erster Linie gewollt ist und daß die Kündigungsabrede eine „Nebenabrede" im wahrsten Sinne des Wortes ist; also ihr Fehlen die Vertragschließenden nicht veranlassen würde, den ganzen Vertrag nicht zu wollen, zumal die Kündigungsabrede durch § 66 H. G.-B. ersetzt wird[2]).

Nach der Fassung des Absatzes 4 wird jede dem § 67 H. G.-B. zuwider laufende Vereinbarung nichtig, gleichgültig, ob sie für den Handlungsgehülfen vorteilhaft ist oder nicht. Man wird hier jedoch von dem Willen des Gesetzgebers ausgehen müssen, daß der wirtschaftlich schwächere Handlungsgehülfe geschützt werden soll, und sagen müssen, daß nur diejenige gegen § 67 verstoßende Vereinbarung nichtig ist, die dem Handlungsgehülfen ungünstig ist[3]). An Stelle der nichtigen Kündigungsfristen treten die gesetzlichen Kündigungsfristen; ist die nichtige Kündigungsfrist jedoch an die Stelle einer

1) B. G.-B. 139.
2) Makower 210.
3) R.-G. 38 37 Makower 211, Staub 313.

früheren gesetzlich zulässigen vertragsmäßigen getreten, so tritt diese wieder ein[1]).

Die oben des näheren erörterten, vom Gesetze der Vertragsfreiheit gezogenen Grenzen, die die freie Bestimmung des Kündigungsrechtes beschränken, fallen nach §§ 68, 69 H. G.-B. in drei Fällen wieder fort. In diesen Fällen kann durch Vertrag alles bestimmt werden, was die Beteiligten wollen: z. B. eintägige, für beide Teile verschiedene Kündigungsfrist auf einen ganz beliebigen Tag.

Diese drei Fälle sind folgende:

1. Die bezüglich der Vertragsfreiheit bei Abschluß des Handlungsgehülfenverhältnisses in § 67 H. G.-B. getroffenen Bestimmungen finden keine Anwendung, wenn der Handlungsgehülfe einen Gehalt von mindestens 5000 Mk. für das Jahr bezieht[2]).

Unter Gehalt ist hier nur die fest bezogene Vergütung in Geld zu verstehen. Es fallen also Tantieme und Provision in der Regel nicht darunter. Wohl aber werden diese dann als fest bezogene Vergütung zu gelten haben, wenn sie in bestimmter Höhe garantiert sind.

Der Gehalt im Sinne dieser Vorschrift ist ferner ein Jahresgehalt, d. h. es ist die feste Vergütung maßgebend, die der Handlungsgehülfe für das ganze Jahr bezieht, wobei aber nicht zur Anwendbarkeit des § 68 Absatz 1 notwendig ist, daß der Gehalt für ein ganzes Jahr bezahlt werde. Es genügt vielmehr, daß die einzelnen Raten auf das ganze Jahr berechnet die Summe von 5000 Mk. ergeben. Daraus folgt, daß § 68 Absatz 1 H. G.-B.

1) Staub 314.
2) H. G.-B. 68 Absatz 1.

z. B. auch dann anzuwenden ist, wenn das Verhältnis nur ein halbes Jahr mit der Bestimmung besteht, daß es in Ermangelung einer vor Ablauf des halben Jahres erfolgten Kündigung fortbestehen solle.

Auf jeden Fall wird die Bestimmung des § 68 Absatz 1 H. G.-B. getroffen, wenn der Handlungsgehülfe einen Jahresgehalt von 5000 Mk. bereits bei Begründung des Dienstverhältnisses bezieht. Wie steht es aber, wenn der Gehalt erst später, d. h. nach der Eingehung des Verhältnisses die betreffende Summe erreicht? Staub meint, der § 68 Absatz 1 finde in dem Augenblicke Anwendung[1]), in welchem der Handlungsgehilfe in die Gehaltsstufe von 5000 Mk aufrückt, auch wenn sein Gehalt früher weniger betragen hätte. Daß die Möglichkeit der Anwendung des § 68 Absatz 1 H. G.-B. in diesem Augenblicke zuzugeben ist, ist klar. Nicht deutlich geht aber aus der Staubschen Ausführung hervor, ob das nunmehrige Gelten des § 68 Absatz 1 die Anwendbarkeit des § 67 in der Weise ausschaltet, daß ein gegen die Vorschriften des § 67 verstoßender und daher nichtiger Vertrag nunmehr ohne weiteres unter den Parteien als gültig anzusehen ist. Ich glaube aus den Worten Staubs entnehmen zu können, daß er auf dem Standpunkte der ohne weiteres eintretenden Gültigkeit steht, kann mich aber seiner Ansicht nicht anschließen. Denn unser Rechtsleben ist von dem Grundsatze beherrscht, daß ein Rechtsgeschäft, das nichtig ist, auch nichtig bleibt[2]). Wohl aber kann die nunmehrige Gültigkeit des früheren nichtigen Vertrages dadurch begründet werden, daß die

1) Staub 315.
2) Planck 145.

Parteien ihn durch ihr Verhalten bestätigen; z. B. die Beteiligten haben bisher nicht gewußt, daß der Vertrag nichtig ist, haben sich aber stets auf ihn berufen. Fällt nun der Nichtigkeitsgrund weg und ergibt sich aus dem Verhalten der Beteiligten, sei es auch nur durch konkludente Handlung, daß sie den Vertrag angewendet wissen wollen, so kann darin eine Bestätigung d. h. eine neue vertragsmäßige Vereinbarung des gleichen Inhalts[1]) gesehen werden.

2. Die die Vertragsfreiheit beschränkenden Vorschriften des § 67 H.G.-B. bleiben ferner außer Anwendung, wenn der Handlungsgehülfe für eine außereuropäische Handelsniederlassung angenommen wird und nach dem Vertrage der Prinzipal für den Fall, daß er das Dienstverhältnis kündigt, die Kosten der Rückreise des Handlungsgehülfen zu tragen hat[2]).

Voraussetzung dieser Bestimmung ist eine doppelte: Einmal muß der Handlungsgehülfe für eine außereuropäische Handelsniederlassung angenommen sein. Außereuropäisch ist nicht identisch mit überseeisch, sondern vielmehr rein vom geographischen Standpunkte aus zu beurteilen.[3]) So gehören z. B. auch Großbritanien, Island und die Faröer zu Europa, dagegen nicht die deutschen Schutzgebiete.

Ferner muß sich aus dem Vertrage die Verpflichtung des Prinzipales ergeben, für den Fall, daß er dem Handlungsgehülfen kündigt, die Kosten der Rückreise zu tragen. Diese Verpflichtung des Prinzipals muß also

1) B. G.-B. 141.
2) H. G.-B. 68 Absatz 2.
3) Goldmann 330.

eine vertragliche sein, gleichgültig natürlich, ob sie schon bei Eingehung des Dienstvertrages begründet worden ist oder erst später dem Vertrage als Teil desselben hinzugefügt worden ist. Eine einseitige Erklärung des Prinzipals genügt nicht.

Mit „Kündigung" kann in § 68 Absatz 2 H. G.-B. natürlich nur die freie Kündigung gemeint sein,[1]) nicht die Kündigung ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist nach § 70 H. G.-B., da sich ja die ganze Vorschrift auf die in § 67 geordnete Kündigung unter Einhaltung einer Kündigungsfrist bezieht.

Für die Zeit, zu welcher die vertragliche Verpflichtung des Prinzipals, auf seine Kündigung hin die Kosten der Rückreise des Handlungsgehülfen zu tragen, bestehen muß, gilt entsprechendes wie unter 1. für die Erreichung des Gehaltes von 5000 Mk. Die Gültigkeit des § 67, H. G.-B. wird ausgeschaltet und der Vertrag ist daher rechtsbeständig, wenn die in § 68 Absatz 2 bezeichnete Verpflichtung des Prinzipals zu gleicher Zeit oder vor der Zeit in den Vertrag aufgenommen wurde, zu der die gegen § 67 verstoßende und daher an sich nichtige Bestimmung in den Vertrag hinein kam. Wird jedoch diese Verpflichtung des Prinzipals Bestandteil eines bereits abgeschlossenen, wegen Verstoßes gegen § 67 nichtigen Vertrages, ist also die Verpflichtung später als die gegen § 67 verstoßende Bestimmung in den Vertrag aufgenommen worden, so wird dadurch der Vertrag nicht wieder gültig. Gültig wird er erst dann, wenn eine Bestätigung desselben seitens der Vertragschließenden in dem oben entwickelten Sinne von 141 B. G.-B. erfolgt.

1) Lehmann und Ring 169.

Erste Voraussetzung für die Anwendung des § 68 H. G.-B. ist natürlich, daß überhaupt deutsches Recht anzuwenden ist. Dies ist stets der Fall, wenn der Dienstvertrag in Deutschland oder in den deutschen Kolonien geschlossen wird.

3. Die die Vertragsfreiheit beschränkenden Vorschriften des § 67 H. G.-B. finden endlich keine Anwendung, wenn der Handlungsgehülfe nur zur vorübergehenden Aushülfe angenommen ist, es sei denn, daß das Dienstverhältnis über die Zeit von 3 Monaten hinaus fortgesetzt wird. Jedoch muß die Kündigungsfrist auch in diesem Falle für beide Teile gleich sein.[1])

Voraussetzung dieser Bestimmung ist:

Einmal, es müßte an sich § 67 Anwendung finden können, also die für die Anwendung von § 67 oben ausgeführten Bedingungen müßten gegeben sein.

Die zweite Voraussetzung ist, daß nur eine Anstellung zur vorübergehenden Aushülfe gewollt ist. Eine Aushülfsstellung ist aber eine solche, die wegen Ausfalles einer im Geschäft tätigen Person oder wegen besonders starker Geschäftstätigkeit notwendig wird.[2])

Von dem „Engagement zur Probe" unterscheidet sich die Aushülfsanstellung in den von ihnen erstrebten Zielen: bei ersterer ist eine dauernde Stellung gewollt, bei letzterer dagegen soll die Anstellung nur vorübergehender Art sein.

Unter diesen Voraussetzungen finden die Vorschriften des § 67 H. G.-B. auf einen sonst davon betroffenen

1) H. G.-B. 69.
2) Lehmann und Ring 170.

Dienstvertrag keine Anwendung, d. h. die Kündigungsfrist kann beliebig lang sein und die Kündigung kann auf einen beliebigen Tag erfolgen. Nur die eine Bestimmung des § 67 ist ausdrücklich ausgenommen: die Kündigungsfrist muß auch in einem solchen Falle für beide Teile gleich sein. Aus dem Wort „muß" ist zu entnehmen, daß die Bestimmung absolut ist, folglich ihre Nichtbeachtung Nichtigkeit zur Folge hat,[1]) und zwar mit Rücksicht auf die Kürze der Vertragsdauer in der Regel wohl eine Nichtigkeit des ganzen Vertrages gemäß B. G.-B. 139, da kaum anzunehmen sein wird, daß der Vertrag auch ohne den nichtigen Teil geschlossen worden wäre. Sollte jedoch gemäß der in § 139 B. G.-B. gemachten Ausnahme infolge Nichtigkeit der Kündigungsabrede der übrige Vertrag gültig bleiben, so greifen die Kündigungsvorschriften des § 66 ein.

Die Vorschriften des § 69 H. G.-B. gelten nicht mehr, sobald das Dienstverhältnis über die Zeit von 3 Monaten hinaus fortgesetzt wird, d. h. von diesem Zeitpunkte an findet § 67 H. G.-B. wieder Anwendung.

Erwähnt sei noch, daß nicht von § 69 H. G.-B. betroffen wird: ein zur Aushülfe auf unbestimmte Zeit, aber ohne Vereinbarung über die Kündigung eingegangenes Dienstverhältnis; dies würde nach § 66 H. G.-B. zu kündigen sein.

1) Staub 316, Lehmann und Ring 170.

B.

Die Kündigung ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist.

§ 8.

a) Ihre allgemeinen Voraussetzungen, ihre rechtliche Natur, ihre Folgen.

Neben den Bestimmungen über die Kündigung mit Einhaltung einer Kündigungsfrist enthält das Gesetz auch für den Fall des Vorliegens von Gründen, derentwegen dem einen oder dem anderen Teile die Fortsetzung des Dienstverhältnisses nicht zugemutet werden kann, Vorschriften über die Kündigung ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist: Das Dienstverhältnis kann von jedem Teile ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt.[1])

Mit dieser Bestimmung ist unter der Voraussetzung des Vorhandenseins eines wichtigen Grundes sowohl dem Prinzipale als auch dem Handlungsgehülfen, einerlei, ob eine vertragliche Kündigungsabrede vorliegt oder nicht, das Recht zur sofortigen Kündigung gegeben.

Diese kann, da sie eben ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist erfolgt, nur „per sofort" geschehen.[2])

Vollzogen wird sie durch die von dem Kündigenden abzugebende Erklärung. Voraussetzung ihrer Wirksamkeit aber ist, daß ein wichtiger, sie rechtfertigender Grund vorhanden ist; daher ist, wenn der andere Teil das Vorliegen eines wichtigen Grundes bestreitet, die Wirksamkeit

1) H. G.-B. 70 Absatz 1.
2) Goldmann 336, Staub 317.

der Kündigung solange in der Schwebe, bis durch gerichtliches Urteil entschieden ist, ob der Grund, aus dem sie erfolgt ist, ein wichtiger ist.

Um die Kündigung zu vollziehen, braucht der Kündigende keine Gründe anzugeben. Dies ist erst bei einem Rechtsstreite über die Zulässigkeit der Kündigung notwendig. Daher wird man dem Kündigenden auch die Berechtigung zuerkennen müssen, in dem Prozesse andere Gründe anzuführen, als diejenigen, die den Kündigungsentschluß in ihm ausgelöst haben. Dabei ist aber zu beachten, daß, wenn die Entstehungszeit der Gründe hinter der erfolgten Kündigung liegt, die Wirkung der Kündigung auch erst von der Entstehung der Gründe an gerechnet werden kann.[1]) Nicht kann sich der Kündigende auf Gründe stützen, die wohl an sich zur sofortigen Kündigung berechtigen würden, die aber dem anderen Teile verziehen sind; sie sind absorbiert. Ebensowenig kann sich der Kündigende auf Gründe stützen, derentwegen bereits die freie Kündigung erfolgt ist; auch nicht auf solche Gründe, die vor der Entstehung des Dienstverhältnisses liegen, die der Kündigende aber erst nach der Begründung des Dienstverhältnisses erfahren hat.[2]) Stets ausgeschlossen sind natürlich solche Gründe, die der Kündigende bereits vor der Eingehung des Dienstvertrages erfahren hat.

Das Gesetz verlangt, daß die Gründe „wichtige" sind. Was es unter „wichtig" versteht, sagt es nicht. Dies ist daher Tatfrage. Im allgemeinen wird man sagen können: Wichtige Gründe umfassen alle Fälle, in

1) Staub 319.
2) a. A. Goldmann 336.

denen eine wesentliche Änderung der bei Eingehung des Vertrages mutmaßlich gewürdigten Umstände eintritt.[1]) Es wird also Sache des Richters sein zu prüfen, ob die Änderung dieser Umstände so bedeutend ist, daß dem Kündigenden nach Maßgabe der vorgetragenen und nachgewiesenen Kündigungsgründe die Fortsetzung des Dienstverhältnisses nicht, und zwar nicht einmal für die Dauer der Kündigungsfrist, zugemutet werden kann.[2])

Es sind alle angeführten Gründe zu prüfen, nicht nur solche, die sich auf eine Verletzung der Rechte stützen, die entweder nach Vertrag oder nach Gesetz dem Kündigenden zustehen; so z. B. ist auch zu erwägen, ob der Brandschaden in einer Fabrik für den Prinzipal, der nun nicht mehr so viel Angestellte mangels Arbeitsgelegenheit nötig hat, einen wichtigen Grund bildet.

Weiter ist es auch zulässig, im Vertrage bestimmte Gründe als wichtige anzuführen. Jedoch muß das so geschehen, daß der Eintritt eines solchen Grundes nicht als auflösende Bedingung vereinbart ist, sondern eben nur als wichtiger Grund, auf den hin erst die das Verhältnis auflösende Kündigung erfolgen darf.

Die Wirksamkeit der erfolgten Kündigung ist bei Streit über die Zulässigkeit der Kündigung solange in der Schwebe, bis durch Urteil festgestellt ist, ob der Kündigungsgrund ein wichtiger, die Kündigung selbst also gerechtfertigt war.

Hinsichtlich des Verhaltens in der Schwebezeit und der Ansprüche nach deren Aufhören muß man unterscheiden, wer von beiden Parteien kündigt:

1) Lehmann und Ring 172.
2) Düringer und Hachenburg 221.

1. Kündigt der Prinzipal ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist, entläßt er also seinen Handlungsgehülfen, so ist folgendes zu beachten:

Wenn der Handlungsgehülfe die Entlassung für unzulässig hält, und es über ihre Rechtmäßigkeit zum Prozesse kommt, dann wird sich der Handlungsgehülfe in der Zwischenzeit bis zur Entscheidung über die Wichtigkeit des Grundes am besten aller Vertragswidrigkeiten enthalten, damit er nicht dem Prinzipal Veranlassung gibt, das Dienstverhältnis aus Gründen, die nach der Kündigung entstanden sind, aufzulösen.

Um sich seine Ansprüche gegen den Prinzipal zu sichern, braucht der Handlungsgehülfe seine Dienste dem Prinzipale nicht besonders anzubieten,[1]) denn der Handlungsgehülfe hat sich durch den Dienstantritt für die ganze Zeit der Vertragsdauer zur Verfügung gestellt. Der Prinzipal kommt also mit der Annahme der Dienste durch die grundlose Entlassung ohne weiteres in Verzug.[2]) Die Folge davon ist, daß der Handlungsgehülfe für die wegen des Verzuges nicht geleisteten Dienste die vereinbarte Vergütung verlangen kann, ohne seinerseits zur Nachleistung verpflichtet zu sein. Nur muß er sich den Wert desjenigen anrechnen lassen, was er infolge des Unterbleibens der Dienstleistung erspart oder durch anderweite Verwendung seiner Dienste erwirbt oder zu erwerben böswillig unterläßt.[3])

Für die bereits geleisteten Dienste wird der Prinzipal die Vergütung nur selten verweigern. Sie bemißt sich

1) Goldmann 340, Staub 320.
2) B. G.-B. 293.
3) B. G.-B. 615.

entsprechend den bisherigen Leistungen des Handlungsgehülfen. Verweigern kann sie der Prinzipal nur, wenn der Handlungsgehülfe durch vertragswidriges Verhalten die Kündigung veranlaßt hat. Dann ist der Handlungsgehülfe seines Vergütungsanspruches insoweit verlustig gegangen, als für den Prinzipal die bisher geleisteten Dienste kein Interesse haben. Hält also der Handlungsgehülfe die Entlassung nicht für gerechtfertigt, so wird er Klage gegen den Prinzipal auf Zahlung der Vergütung erheben. Die Klage kann sich sowohl auf die bereits fällige Vergütung als auch auf die noch nicht fällige nach C.-P.-O. 258, 259 richten. Unter Vergütung ist hier alles zu verstehen, was dem Handlungsgehülfen aus dem Dienstverhältnisse zukommt, sowohl fester Gehalt als Provision und Tantieme, ja auch Wohnung bez. Wohnungsgeld. Richtet sich die Höhe der Vergütung nach der Tätigkeit des Handlungsgehülfen, so ist als Vergütung anzusehen, was er unter regelmäßigen Umständen bekommen haben würde. Gegenüber den Ansprüchen des Handlungsgehülfen wird der Prinzipal behaupten, es liege ein wichtiger Grund zur Kündigung für ihn vor. Sache des Gerichts ist es nun zu prüfen, ob die Angaben des Prinzipals richtig sind. Ist dies nicht der Fall, so wird nach dem Antrage des Handlungsgehülfen erkannt; er erhält die Vergütung ohne zur Nachleistung der Dienste verpflichtet zu sein, nur unter Anrechnung desjenigen, was er infolge Unterbleibens der Dienste erspart oder durch anderweite Verwendung seiner Dienste erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlassen hat. Sind dagegen die Behauptungen des Prinzipals richtig, so wird der Handlungsgehülfe mit seiner Klage abgewiesen.

Da der von dem Handlungsgehülfen geltend gemachte Anspruch lediglich ein Vergütungsanspruch,[1]) nicht ein Schadensersatzanspruch ist, gilt für ihn alles, was oben vom Vergütungsanspruche gesagt ist.

2. Kündigt der Handlungsgehülfe ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist, tritt er also aus dem Dienstverhältnisse aus, so gilt folgendes:

Ist der Prinzipal in dem Glauben, daß ein wichtiger Grund zur Kündigung für den Handlungsgehülfen nicht vorliege, so tut er am besten, die in dem Austritte liegende Dienstverweigerung als einen wichtigen Grund zur sofortigen Kündigung seinerseits anzusehen und dem Handlungsgehülfen ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist zu kündigen.[1]) Auch wird er für die Zwischenzeit gemäß B. G.-B. 320 i. V. m. 614 die Vergütung bis zur Bewirkung der ihm zukommenden Dienstleistung ablehnen, ja, wenn er behauptet, die Kündigung nicht durch vertragswidriges Verhalten veranlaßt zu haben, so wird er sogar die fällige Vergütung für die bereits geleisteten Dienste insoweit verweigern, als diese für ihn kein Interesse mehr haben.[2])

Will der Prinzipal den gerichtlichen Weg einschlagen, so tut er dies in folgender Weise: Er klagt entweder nur auf Leistung der Dienste oder allgemein auf Einhaltung der sich aus dem Vertrage ergebenden Verbindlichkeiten. Tut er das letztere, so umfaßt das Urteil auch die sich aus § 60 und 61 H. G.-B. ergebenden Verbindlichkeiten, wenn der Handlungsgehülfe dagegen verstoßen hat.[1])

1) Staub 321.
2) B. G.-B. 628.

Der Handlungsgehülfe kann gegebenenfalls gegen die Klage des Prinzipals die Einrede erheben, daß er aus einem wichtigen Grunde gekündigt habe. Wird seine Einrede als berechtigt anerkannt, so wird der Prinzipal mit der Klage abgewiesen. Erscheint die Einrede als ungerechtfertigt, so wird nach dem Antrage des Prinzipals erkannt. Es wird also der Handlungsgehülfe zur Leistung der Dienste bez. zur Einhaltung der Vertragsverpflichtung verurteilt.

Eine Exekution aus dem Urteile zur Leistung der Dienste kann jedoch nur erfolgen, wenn diese Dienste von einer dritten Person vorgenommen werden können, und zwar in der Weise, daß der Prinzipal sich ermächtigen läßt, die Dienste auf Kosten des Handlungsgehülfen durch eine dritte Person vornehmen zu lassen.[1])

Ist dem Handlungsgehülfen die Vergütung schon im voraus für eine spätere Zeit entrichtet worden, so hat er sie, soweit sich ihr Empfang als ungerechtfertigt darstellt, nach Maßgabe von § 347 B. G.-B. vom Zeitpunkte des Empfanges an zu verzinsen und herauszugeben.[2]) Wenn aber die Kündigung aus einem Grunde erfolgt, den der Handlungsgehülfe nicht zu vertreten hat, so braucht er nur die ungerechtfertigte Bereicherung herauszugeben. Auf jeden Fall aber kann der Handlungsgehülfe, wenn die Kündigung aus einem wichtigen Grunde, sei es seinerseits, sei es von seiten des Prinzipals erfolgt, verlangen, daß ihm ein seinen bisherigen Leistungen entsprechender Teil der Vergütung gewährt werde. Wenn jedoch der Handlungsgehülfe, ohne durch vertragswidriges

1) C.-P.-O. 887, 888.
2) B. G.-B. 628.

Verhalten des Prinzipals dazu veranlaßt zu sein, kündigt, so beschränkt sich sein Anspruch insoweit, als die bisherige Leistung infolge der Kündigung für den Prinzipal kein Interesse mehr hat.[1])

Wie notwendig die Bestimmung auch ist, daß das Handlungsgehülfenverhältnis beim Vorliegen eines wichtigen Grundes ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden kann, um eine auf seiten des einen oder anderen Teiles gerechtfertigte Lösung des Verhältnisses herbeizuführen, so ist diese Bestimmung doch insofern gefährlich, als sie von demjenigen, der das Verhältnis, ohne einen rechtlichen Grund zu haben, gern vorzeitig lösen möchte, dazu mißbraucht werden kann, den anderen Teil durch vertragswidriges Verhalten dahin zu bringen, von der sofortigen Kündigung Gebrauch zu machen. Dies würde für den gegen den Vertrag handelnden Handlungsgehülfen insofern sehr angenehm sein, als er nach obigen Ausführungen Anspruch auf entsprechende Vergütung bis zur tatsächlichen Beendigung des Dienstverhältnisses hat, der sich nur dann einschränken würde, wenn die geleisteten Dienste kein Interesse mehr für den Prinzipal hätten.

Einem Mißbrauche in der eben angeführten Weise sucht das Gesetz vorzubeugen, indem es bestimmt: „Wird die Kündigung durch vertragswidriges Verhalten des anderen Teilen veranlaßt, so ist dieser zum Ersatz des durch die Aufhebung des Dienstverhältnisses entstehenden Schadens verpflichtet."[2])

1) B. G.-B. 628.
2) H. G.-B. 70 Absatz 2.

Es wird also verlangt, daß das vertragswidrige Verhalten für die Kündigung ursächlich ist. Was unter „vertragswidrigem Verhalten" zu verstehen ist, sagt das Gesetz nicht. Darunter ist nicht nur ein Handeln zu rechnen, das gegen die vertraglichen Ausmachungen verstößt, sondern überhaupt jedes Handeln, das sich gegen den Dienstvertrag als solchen richtet, sei es, daß sein Inhalt durch Vertrag, sei es, daß er durch Gesetz bestimmt ist. Man wird das vertragswidrige Verhalten als eine Pflichtverletzung aufzufassen haben, und zwar als eine schuldhafte.[1]) Bei ihrer Beurteilung muß sich ergeben, daß die Pflichtwidrigkeit sich als solche nicht nur subjektiv, sondern auch objektiv darstellt.[2])

Insoweit die infolge des vertragswidrigen Verhaltens erfolgte Kündigung eine Verpflichtung zum Schadenersatze zur Folge hat, hat der Ersatzpflichtige denjenigen Zustand herzustellen[3]), der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Auch hat er den entgangenen Gewinn zu ersetzen;[4]) als entgangen gilt der Gewinn, der nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge oder nach den besonderen Umständen, insbesondere nach den getroffenen Anstalten und Vorbereitungen mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte.

Bei Herstellung des Zustandes, der bestehen würde, wenn der zum Schadensersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre, ist zu unterscheiden, wer kündigt:

1. Gibt der Prinzipal dem Handlungsgehülfen durch vertragswidriges Verhalten Anlaß, das Dienstverhältnis

1) Staub 322.
2) Goldmann 342.
3) B. G.-B. 249.
4) B. G.-B. 252.

ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist zu kündigen, dann kann der Handlungsgehülfe Ersatz alles dessen verlangen, was er bis zum Ablaufe der Vertragsdauer oder der gesetzlichen oder vertraglichen Kündigungsfrist zu beziehen hat; also festes Gehalt, Provision, Tantieme, Unterhalt. Bei Provision und Tantieme hat der Handlungsgehülfe Anspruch auf Zahlung eines Geldbetrages in der bei Fortbestehen des Dienstverhältnisses zu erwartenden Höhe, bei Unterhalt auf einen diesem entsprechenden Geldbetrag. Auch wird er Ersatz der Unkosten verlangen können, die er zur Erlangung einer anderen Arbeitsgelegenheit aufwenden muß.[1])

Diesen Ansprüchen des Handlungsgehülfen kann der Prinzipal mit verschiedenen Einwendungen entgegentreten. So kann der Prinzipal dasjenige dem Handlungsgehülfen abziehen, was der Handlungsgehülfe durch Unterbleiben der Dienstleistung erspart oder durch anderweite Verwendung seiner Dienste erwirbt oder zu erwerben böswillig unterläßt[2]). Freilich kann der Prinzipal dem Handlungsgehülfen nur eine solche Verwendung seiner Arbeitskräfte zumuten, wie sie auch dem Prinzipale gebührte. Daher wird das Ausschlagen einer anders gearteten Dienstleistung dem Handlungsgehülfen nicht als böswilliges Unterlassen anzurechnen sein. Auch wird man von ihm nicht verlangen können, daß er sich nach Arbeitsgelegenheit umtut. Wird dem Handlungsgehülfen aber eine Arbeitsgelegenheit angeboten, die ebensolche Anforderungen stellt wie die bisherige und schlägt er sie aus, so verursacht der Handlungsgehülfe zum Teil seinen

1) Düringer und Hachenburg 225.
2) B. G.-B. 615.

Schaden selbst. Der Prinzipal wird dann den Schadensersatz insoweit verweigern, als den Handlungsgehülfen ein konkurrierendes Verschulden trifft[1]). Schließlich kann sich der Prinzipal auch darauf berufen[2]), daß er selbst wichtige Gründe zur Entlassung des Handlungsgehülfen gehabt habe, daß also dem Handlungsgehülfen durch die Aufhebung des Dienstvertrages kein Schaden erwachsen sei.

2. Kündigt der Prinzipal ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist, veranlaßt durch vertragswidriges Verhalten des Handlungsgehülfen, so ist zu bemerken:

Der Zeitraum, der für die Berechnung des Schadens zu Grunde zu legen ist, ist derselbe wie oben unter 1. Hinsichtlich des Inhalts des Schadensersatzanspruches gilt: Der Prinzipal kann Ersatz desjenigen Schadens verlangen, den er dadurch erlitten hat, daß die Arbeitskraft des Handlungsgehülfen plötzlich weggefallen ist. Auch kann er die Kosten ersetzt verlangen, die ihm die Verschaffung einer anderen Arbeitskraft verursacht hat[3]).

Den Ansprüchen des Prinzipals kann der Handlungsgehülfe, ebenso wie der Prinzipal im umgekehrten Falle, entgegenhalten, daß er zurzeit der Entlassung berechtigte Austrittsgründe gehabt habe, folglich dem Prinzipal gar kein Schaden getroffen habe.

Hat der Prinzipal schon auf eine spätere Zeit die Vergütung im voraus bezahlt, so kann er sie nach Maßgabe von B. G.-B. 347 herausverlangen[4]).

1) B. G.-B. 254.
2) Staub 323.
3) Düringer und Hachenburg 225.
4) B. G.-B. 628.

§ 9.

b) Wichtige Gründe, die den Handlungsgehülfen zur Kündigung ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist berechtigen.

Das Handelgesetzbuch gibt in den §§ 71 und 72 eine Reihe von Beispielen für die Berechtigung des Handlungsgehülfen und des Prinzipals zur sofortigen Kündigung. Diese sind lediglich Beispiele. Die Aufzählung ist also keineswegs als erschöpfend anzusehen, was auch in dem Worte „namentlich" in §§ 71 und 72 angedeutet ist. So sind gegebenenfalls als weitere wichtige Gründe zur sofortigen Kündigung anzusehen: Verletzung der oben ausgeführten Rechte und Verpflichtungen des Handlungsgehülfen.

Ferner sind die im Gesetze aufgezählten Gründe auch nicht zwingend. Eine andere Auffassung für den einzelnen Fall ist sehr wohl zulässig, sobald besondere Umstände eine andere Beurteilung rechtfertigen.

Als Gründe, die den Handlungsgehülfen zur sofortigen Kündigung berechtigen, führt das Handelsgesetzbuch in § 71 an:

1. den Fall, daß der Handlungsgehülfe zur Fortsetzung seiner Dienste unfähig wird.

Unter „Unfähigkeit zur Fortsetzung der Dienste" ist ein Zustand zu verstehen, vermöge dessen der Handlungsgehülfe diejenigen Dienste nicht mehr leisten kann, zu denen er nach dem Dienstvertrage verpflichtet ist. Nicht ist also eine allgemeine Arbeitsunfähigkeit notwendig. Ferner darf sich die Unfähigkeit nicht nur auf eine verhältnismäßig unerhebliche Zeit erstrecken.

Ob der Prinzipal die Unfähigkeit verschuldet hat,

ist ganz gleichgültig. Dies ist nur für die Schadensersatzpflicht desselben nach H. G.-B. § 70 Abs. 2 von Bedeutung. Anders verhält es sich bei einem Verschulden auf seiten des Handlungsgehülfen. Man wird in dieser Beziehung der Ansicht von Lehmann und Ring[1]) beitreten können, die einen Austritt des Handlungsgehülfen nur dann für gerechtfertigt halten, wenn in seinem Verschulden nicht ein vertragswidriges Verhalten liegt, während man der Ansicht von Goldmann[2]) nicht zustimmen kann, der nur das objektive Vorhandensein eines Umstandes verlangt, der die Annahme rechtfertigt, daß der Handlungsgehülfe zur Fortsetzung seiner Dienste unfähig sei.

2. den Fall, daß der Prinzipal den Gehalt oder den gebührenden Unterhalt nicht gewährt.

Welcher Gehalt und wann er verlangt werden kann, ist oben bei Ausführung der Rechte des Handlungsgehülfen bereits besprochen worden. Unter „gebührendem Unterhalte" wird ein Unterhalt zu verstehen sein, wie er dem Handlungsgehülfen je nach seiner gesellschaftlichen Stellung, seinem Alter und seiner mehr oder weniger starken geistigen oder körperlichen Beschäftigung zukommt.

Das Gesetz sieht es als einen wichtigen Kündigungsgrund an, wenn der Gehalt oder der gebührende Unterhalt „nicht gewährt" wird. Dies wird einschränkend auszulegen sein, denn man wird aus dem bloßen Nichtgewähren, das z. B. nur aus Vergeßlichkeit geschieht, nicht ohne weiteres einen Kündigungsgrund des Handlungsgehülfen herleiten können. Es wird also nur das „bewußte Nichtgewähren" einen Kündigungsgrund bilden.

1) Lehmann und Ring 173.
2) Goldmann 345.

Dabei ist aber zu beachten, daß der Prinzipal für ein Verschulden derjenigen Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeiten bedient, in gleicher Weise haftet, wie für eigenes Verschulden.[1])

Nicht notwendig ist dagegen zur Annahme eines wichtigen Grundes, daß das Verweigern des Gehaltes oder Unterhalts auf Aufforderung zur Leistung nicht erfolgt.

3. den Fall, daß der Prinzipal den ihm nach H. G.-B. 62 obliegenden Verpflichtungen nachzukommen verweigert.

Worin diese Verpflichtungen bestehen, ist oben unter der Besprechung der Rechte des Handlungsgehülfen dargetan worden. Einer Erklärung bedarf aber noch das „Verweigern". In dem Berichte der Reichstagskommission zur Beratung des Entwurfs eines Handelsgesetzbuchs wird ausgeführt,[2]) daß unter Verweigerung sowohl die ausdrückliche als die stillschweigende, welche sich durch passives Verhalten gegenüber der Aufforderung des Handlungsgehülfen äußert, zu verstehen sei, allerdings müsse der Handlungsgehülfe seinerseits etwas tun; wenn er den Prinzipal um Erfüllung der Verpflichtung nicht angehe, so liege keine Verweigerung vor.

Dieser Auffassung kann ich nicht ganz beitreten. Es handelt sich in § 62 um eine sozialpolitische Vorschrift, die dem wirtschaftlich schwächeren Handlungsgehülfen zu gute kommen soll und die ihn, wie sich aus der Nichtigkeit der im voraus getroffenen, ausschließenden Vereinbarung[3]) ergibt, in keiner Weise verkümmert werden soll.

1) B. G.-B. 278.
2) R.-A. Ber. 34.
3) H. G.-B. 62 Absatz 4.

Von diesem Standpunkte des Gesetzes ausgehend, halte ich es für unrichtig, wenn ein Auffordern des Handlungsgehülfen zur Befolgung der in § 62 H. G.-B. gegebenen Vorschriften verlangt wird. Denn vermöge der Natur des Dienstverhältnisses — es handelt sich stets um ein gewisses Unterworfensein — wird der Handlungsgehülfe sich oft nicht getrauen, sein Verlangen auszusprechen. Daß aber die Ziffer 3 des § 71 H. G.-B. nicht bloß den Handlungsgehülfen schützen soll, der den Mut hat, gegen seinen Prinzipal aufzutreten, ist wohl klar. Man wird daher sagen müssen, daß für das Verweigern ein vorheriges Auffordern zum Tun keineswegs notwendig ist. Wohl aber muß das Verweigern aus einer gewissen Absichtlichkeit geschehen. Der Prinzipal muß verweigern, seinen Verpflichtungen nachzukommen, obwohl er sich deren wohl bewußt ist. Natürlich darf diese Pflichtverletzung nicht nur vorübergehender Natur sein, sondern sie muß sich auf einen so großen Zeitraum ausdehnen, daß man nach billigem Ermessen den Handlungsgehülfen als in seinen Rechten beeinträchtigt und die Leistung als wirklich „verweigert" ansehen muß.

4. den Fall, daß sich der Prinzipal Tätlichkeiten, erhebliche Ehrverletzungen oder unsittliche Zumutung gegen den Handlungsgehülfen zu schulden kommen läßt, oder es verweigert, den Handlungsgehülfen gegen solche Handlungen eines anderen Angestellten oder eines Familienangehörigen zu schützen.

Das Gesetz verbietet dem Prinzipal an sich alle Tätlichkeiten, einerlei ob sie erhebliche sind oder nicht. Ausnahmsweise jedoch, wenn besondere Umstände eine andere Beurteilung als gerechtfertigt erscheinen lassen,

wird man Tätlichkeiten des Prinzipals in gewissem Maße für zulässig erklären müssen, so z. B. dann wenn sich ein 17jähriger Handlungsgehülfe unverschämt benimmt und der Prinzipal ihm eine wohlverdiente Schelle gibt.

Läßt sich der Prinzipal gegenüber dem Handlungsgehülfen Ehrverletzung zu Schulden kommen, so macht das Gesetz die Austrittsmöglichkeit davon abhängig, daß die Ehrverletzungen erhebliche sind. Wenn eine Ehrverletzung erheblich ist, kann nur nach dem Einzelfall beurteilt werden. In Betracht zu ziehen wird hierbei sein: das Alter des Handlungsgehülfen und seine gesellschaftliche Stellung. Auch wird in Betracht zu ziehen sein, ob die Ehrverletzung in Gegenwart anderer Personen geschehen ist.

Weiter führt das Gesetz als Austrittsgrund noch unsittliche Zumutungen an, die sich der Prinzipal gegen den Handlungsgehülfen zu schulden kommen läßt. Dies wäre an sich gar nicht nötig, denn unsittliche Zumutungen werden stets auch unter Ehrverletzung fallen, weshalb auch die Regierungsvorlage eine besondere Anführung der unsittlichen Zumutung nicht enthält. Will man den Begriff der „unsittliche Zumutungen" bestimmen, so wird darunter ein von dem Prinzipal an den Handlungsgehülfen gerichtetes Begehren zu verstehen sein, unsittliche Handlung mit sich vornehmen zu lassen oder dem Prinzipal oder Dritten gegenüber zu begehen.

Diese eben erörterten Tätlichkeiten, erheblichen Ehrverletzungen und unsittlichen Zumutungen bilden einen Kündigungsgrund nicht nur, wenn sie sich der Prinzipal zu schulden kommen läßt, sondern auch dann, wenn der Prinzipal sich weigert, den Handlungsgehülfen gegen

solche Handlung seitens eines anderen Angestellten oder eines Familienangehörigen des Prinzipals zu schützen.

Das Gesetz sagt ganz allgemein „Angestellte"; es müssen dies also nicht gerade andere „Handlungsgehülfen" sein, sondern es können diese Handlungen auch von in den betreffenden Betrieben tätigen anderen gewerblichen Angestellten vorgenommen werden. Der Begriff „Familienangehörige" wird ebenfalls weit zu fassen sein. Dazu sind zu rechnen nicht nur Ehefrau und Kinder des Prinzipals, sondern sämtliche, dauernd oder vorübergehend zum Haushalte des Prinzipals gehörigen Personen.

Gegenüber solchen Personen muß der Prinzipal seinen Schutz „verweigern". Dies wird dann der Fall sein, wenn der Prinzipal dem Handlungsgehülfen trotz dessen Ansuchen den erforderlichen Schutz nicht gewährt.

§ 10.

c) Wichtige Gründe, die den Prinzipal zur Kündigung ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist berechtigen.

Ebenso wie für den Handlungsgehülfen gibt das Gesetz auch für den Prinzipal einige Beispiele von wichtigen Gründen zur sofortigen Kündigung. Von ihnen gilt dasselbe, was am Eingang des vorigen Paragraphens dieser Abhandlung gesagt ist.

Das Handelsgesetz führt in § 72 folgende Gründe zur sofortigen Kündigung seitens des Prinzipals an:

1. den Fall, daß der Handlungsgehülfe im Dienste untreu ist oder das Vertrauen mißbraucht oder die ihm nach § 60 H. G.-B. obligende Verpflichtung verletzt.

Der Inhalt der Ziffer 1 läßt sich dahin zusammenfassen: Es muß sich um eine Erschütterung[1]) der dem Handlungsgehülfenverhältnisse eo ipso inhärenten Vertrauensstellung handeln.

Die vom Gesetze aufgezählten Punkte lassen sich im einzelnen nicht scharf von einander scheiden, da „Mißbrauch des Vertrauens" auch die beiden anderen Punkte umfaßt. Der erste Punkt ist dem zweiten gegenüber vom Gesetz dadurch eingeschränkt, als er nur die Untreue „im Dienste" betrifft; darunter versteht Staub[1]) „das bewußte Verletzen der sittlichen Pflicht des Handlungsgehülfen, das Seinige zu tun, um die Interessen des Geschäfts zu fördern, und alles zu unterlassen, was sie gefährdet". Der handelsrechtliche Begriff „Untreue" ist also keineswegs identisch mit dem strafrechtlichen.

2. den Fall, daß der Handlungsgehülfe seinen Dienst während einer den Umständen nach erheblichen Zeit unbefugt verläßt oder sich beharrlich weigert, seinen Dienstverpflichtungen nachzukommen.

Ein Verlassen des Dienstes im Sinne von § 72 Ziffer 2 liegt nur dann vor, wenn es unbefugt geschieht und auf eine den Umständen nach erhebliche Zeit. Welcher Zeitraum ein erheblicher ist, ist Tatfrage. Wohl aber läßt sich bestimmen, wann ein Verlassen unbefugt ist. Es ergibt sich dies aus dem Gegenteil. Befugt ist das Verlassen nicht nur in den Fällen des § 63 H. G.-B., sondern entsprechend B. G.-B. 228 in allen Fällen, in denen der Gehülfe durch das Verlassen sich vor einem erheblich größeren Schaden bewahrt, als dem Geschäfts-

1) Staub 329.

herrn durch das Verlassen erwächst, ferner auch bei einem Widerstreite seiner Dienstpflicht mit anderen sittlichen oder öffentlich rechtlichen Pflichten.[1]) Auch in diesen Fällen ist jedoch das Verlassen als unbefugt zu erachten, wenn der Gehülfe nicht dafür sorgt, daß soweit es nach den Umständen möglich ist, der Geschäftsbetrieb ungestört bleibt.

Eine Verweigerung, den Dienstverpflichtungen nachzukommen, gibt nur dann die Berechtigung zur Entlassung, wenn das Verweigern ein beharrliches ist, d. h. also dann, wenn der Handlungsgehülfe trotz wiederholter Aufforderung seitens des Prinzipals seinen Verpflichtungen nicht nachkommt.

3. den Fall, daß der Handlungsgehülfe durch anhaltende Krankheit, durch eine längere Freiheitsstrafe oder Abwesenheit oder durch eine die Zeit von 8 Wochen übersteigende militärische Dienstleistung an der Verrichtung seiner Dienste verhindert ist.

Es kommt darauf an, daß der Handlungsgehülfe an der Verrichtung seiner Dienste verhindert ist, und zwar aus folgenden Gründen:

a) durch anhaltende Krankheit, d. h. durch eine Krankheit, deren Ende man nicht mit Wahrscheinlichkeit in absehbarer Zeit voraussehen kann. Im Hinblick auf § 63 H. G.-B. wird man als zu erfordernde Minimalzeit die Dauer von über 6 Wochen annehmen müssen.[2])

b) durch eine längere Freiheitsstrafe oder Abwesenheit. Wann die Freiheitsstrafe oder die Abwesenheit eine längere ist, unterliegt vollkommen der richterlichen Würdigung.

---

1) Makower 221.
2) Staub 332.

c) Durch eine 8 Wochen übersteigende militärische Übung.

4. Den Fall, daß sich der Handlungsgehülfe Tätlichkeiten oder erhebliche Ehrverletzung gegen den Prinzipal oder dessen Vertreter zu schulden kommen läßt.

Bei der Beurteilung von Tätlichkeiten und Ehrverletzungen, die der Handlungsgehülfe sich dem Prinzipale gegenüber zu schulden kommen läßt, muß man der Natur des Handlungsgehülfenverhältnisses als eines Unterordnungsverhältnisses entsprechend viel strenger verfahren als im umgekehrten Falle.

Welche Ehrverletzungen als unerhebliche anzusehen sind, muß natürlich auch hier nach Lage des Falles entschieden werden, jedoch ist dabei stets zu beachten, daß der Handlungsgehülfe in der Person des Prinzipals oder dessen Vertreters seinen Vorgesetzten zu sehen hat, dem er Ehrfurcht schuldet.

---

§ 11.

Anhang.

Die Einwirkung der Kündigung auf die Konkurrenzklausel.

Die Konkurrenzklausel stellt rechtlich einen Vertrag dar, der von dem Handlungsgehülfen als solchem, d. h. entweder schon im Engagementsvertrage oder später während des Bestehens des Handlungsgehülfenverhältnisses abgeschlossen wird, und dessen Ziel eine Beschränkung der gewerblichen Tätigkeit des Handlungsgehülfen nach der Auflösung des Dienstverhältnisses ist,

sei es zu Gunsten des Prinzipals bezw. seiner Erben, sei es zu Gunsten des jeweiligen Geschäftsinhabers[1]). Wesentlich ist dabei, daß sich der Handlungsgehülfe als solcher, also nicht der ehemalige Handlungsgehülfe der Konkurrenzklausel unterwirft.

Die Konkurrenzklausel ist stets eine vertragliche Ausmachung, keineswegs eine gesetzliche Bestimmung. Vom Gesetz wird sie nur insofern betroffen, als ihr Inhalt beschränkt wird, da dem Handlungsgehülfen als dem wirtschaftlich schwächeren sein gewerbliches Fortkommen nicht unbillig erschwert werden soll.

Es gibt überhaupt keine gesetzliche Beschränkung des Handlungsgehülfen für die Zeit nach Auflösung des Dienstverhältnisses, man müßte denn gerade den § 17 Absatz 2 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb heranziehen, wonach denjenigen eine Strafe trifft, der Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisse, deren Kenntnis er durch eine gegen das Gesetz oder die guten Sitten verstoßende eigene Handlung erlangt hat, zu Zwecken des Wettbewerbs unbefugt verwertet oder an andere mitteilt, einerlei ob die Verwertung in oder nach dem Dienstverhältnisse stattfindet.

Die von dem Handelsrecht für die Konkurrenzklausel aufgestellte Beschränkung ist teils relativ, teils absolut, und zwar bestimmt § 74 H. G.-B.:

1. Eine Vereinbarung zwischen dem Prinzipale und dem Handlungsgehülfen, durch welche dieser für die Zeit nach der Beendigung des Dienstverhältnisses in seiner gewerblichen Tätigkeit beschränkt wird, ist für den

1) Lehmann und Ring 179.

Handlungsgehülfen nur insoweit verbindlich, als die Beschränkung nach Ort, Zeit und Gegenstand nicht die Grenzen überschreitet, durch die eine unbillige Erschwerung des Fortkommens des Handlungsgehülfen ausgeschlossen wird.

Diese Bestimmung ist relativ: Die Konkurrenzklausel bleibt an sich gültig. Sie wird nur auf ein billiges Maß eingeschränkt. Bei dieser Einschränkung ist dem richterlichen Ermessen freier Spielraum gelassen. Es sind nur die Richtungen angegeben, nach denen zu prüfen ist, nämlich Zeit, Ort und Gegenstand. Diese sind aber nicht einzeln, sondern in ihrer Gesamtheit zu berücksichtigen[1]). Nur für die Zeit ist auch dem richterlichen Ermessen eine Grenze gesetzt. Denn die Konkurrenzklausel kann nicht auf einen Zeitraum von mehr als 3 Jahren von der Beendigung des Dienstverhältnisses an erstreckt werden.

2. Die Vereinbarung ist nichtig, wenn der Handlungsgehülfe zur Zeit des Abschlusses minderjährig ist.

Diese Bestimmung ist absolut. Richterliche Würdigung kommt gar nicht in Betracht. Ergibt sich die Tatsache, daß der Handlungsgehülfe zurzeit des Abschlusses der Konkurrenzklausel minderjährig gewesen ist, so ist die Vereinbarung nichtig. Dies ist unbedingt aus dem Wortlaute des Gesetzes zu entnehmen und deshalb halte ich die Auffassung[2]) für unrichtig, daß eine Nichtigkeit dann nicht eintreten solle, wenn der gesetzliche Vertreter an Stelle des Minderjährigen nicht der Minderjährige mit Zustimmung des gesetzlichen Vertreters die Vereinbarung trifft. Diejenigen, die diese Auffassung ver-

1) Staub 338.
2) Staub 337.

treten, gehen davon aus, daß der Grund der ganzen Bestimmung der sei, daß der Minderjährige in der Regel die Tragweite einer solchen Abmachung in vollem Umfange nicht zu würdigen vermöge. Dies ist ganz richtig. Aber in den Jahren bis zur Volljährigkeit liegt eben für den Handlungsgehülfen die kritische Zeit, in der er sich zu entscheiden hat, welcher Kategorie der kaufmännischen Berufe er sich zuwenden will. Daher muß er bis zur Volljährigkeit frei von irgend welcher Beschränkung für die Zukunft sein[1]) und deshalb tritt die Nichtigkeit der Vereinbarung einer Konkurrenzklausel in jedem Falle der Minderjährigkeit des Handlungsgehülfen ein; und zwar wird, falls die Konkurrenzklausel als Teil des Engagementsvertrages abgeschlossen ist, der ganze Dienstvertrag nichtig sein, wenn nicht anzunehmen ist, daß der Prinzipal ihn auch ohne die Konkurrenzklausel geschlossen haben würde[2]). Gültig wird natürlich die Vereinbarung über die Konkurrenzklausel, wenn sie nach erreichter Volljährigkeit im Sinne von 141 B. G.-B. bestätigt wird. Nur muß die Bestätigung noch innerhalb des Dienstverhältnisses geschehen sein. Wirksam wird die Konkurrenzklausel in dem Augenblicke, in dem das Dienstverhältnis sein Ende erreicht, und zwar ist Grundsatz, daß es nicht darauf ankommt, wodurch das Ende herbeigeführt wird. Nur in zwei Fällen der Beendigung macht das Gesetz unter gewissen Voraussetzungen Ausnahmen.

1. Gibt der Prinzipal durch vertragswidriges Verhalten dem Handlungsgehülfen Grund, das Dienstver-

1) Ebenso Lehmann und Ring 180, Lehmann 207, Düringer und Hachenburg 239.

2) B. G.-B. 139.

hältnis gemäß den Vorschriften der §§ 70 und 71 H.G.-B. aufzulösen, so kann er aus der Vereinbarung einer Konkurrenzklausel Ansprüche nicht geltend machen, d. h. liegt auf seiten des Prinzipals ein oben näher erörtertes, vertragswidriges Verhalten vor, das für den Handlungsgehülfen den Anlaß zur sofortigen Kündigung bildet und erfolgt diese, so kann der Prinzipal keine Ansprüche aus der Konkurrenzklausel geltend machen.

2. Ebenso gilt die Konkurrenzklausel auch dann nicht, wenn der Prinzipal kündigt, und zwar sowohl, wenn er mit, als auch wenn er ohne Kündigungsfrist kündigt. Von dieser Ausnahme gibt es aber wieder eine Ausnahme, die zur Regel zurückkehrt. Es gilt nämlich in diesem Falle die Konkurrenzklausel trotzdem,

a) wenn für die Kündigung seitens des Prinzipals ein erheblicher Anlaß vorliegt, den er nicht verschuldet hat. Es wird nur ein „erheblicher" Anlaß verlangt, nicht ein wichtiger Grund. Es ist also nicht unbedingt notwendig, daß nach billiger Anschauung dem Prinzipal die Fortsetzung des Dienstverhältnisses überhaupt nicht mehr zugemutet werden kann, sondern es genügt schon, wenn ein Grund vorhanden ist, der nach vernünftiger kaufmännischer Erwägung einen erheblichen Anlaß zur Aufgabe des Dienstverhältnisses bildet.[1]) Diesen Anlaß darf der Prinzipal ferner nicht verschuldet haben. Wer ihn verschuldet hat ist gleichgültig.

b) wenn dem Handlungsgehülfen während der Dauer der Beschränkung das zuletzt von ihm bezogene Gehalt fortgezahlt wird.

1) Staub 342.

Unter Gehalt wird hier alles zu verstehen sein, was dem Handlungsgehülfen während des letzten für die Berechnung der Vergütung zu Grunde gelegten Zeitraumes unter regelmäßigen Umständen zugekommen ist, also auch Provision und Tantieme. Natürlich wird bei der Berechnung, besonders von Provision und Tantieme von allem abzusehen sein, was dem Handlungsgehülfen infolge eines unverhältnismäßig guten Geschäftsganges gewährt worden ist.

Dieses Gehalt muß „fortgezahlt" werden. Ich glaube, daraus schließen zu dürfen, daß der Handlungsgehülfe in solchem Falle mangels anderer Ausmachungen den Anspruch hat, daß ihm das Gehalt in denselben Raten und Zeiträumen ausgezahlt werde, wie sie für das Bestehen des Dienstverhältnisses maßgebend gewesen sind.

Wann dem Handlungsgehülfen mitgeteilt werden muß, ob daß Gehalt fortgezahlt werden soll, bestimmt das Gesetz nicht. Aus Billigkeitsgründen ergibt sich aber, daß die Erklärung mit oder so unmittelbar nach der Kündigung erfolgen muß, daß der Handlungsgehülfe sich nicht erst um eine nach der Konkurrenzklausel unzulässige Stellung bemüht. Dabei ist natürlich in Betracht zu ziehen, daß es einer besonderen Erklärung nicht bedarf, wenn die Verpflichtung des Prinzipals, bei Kündigung seinerseits das Gehalt fortzuzahlen, schon im Vertrage aufgenommen ist.

Ebenso ist im Gesetze nichts darüber enthalten, ob der Prinzipal berechtigt ist, jederzeit die Gehaltszahlung ohne weiteres einzustellen, und welche Folgen die Nichtzahlung hat. Verweigert der Prinzipal die Zahlung, so kann sich der Handlungsgehülfe auf § 326 B. G.-B. be-

rufen, d. h. er kann dem Prinzipal eine Frist mit der Erklärung setzen, daß er die Annahme der Gehaltszahlung nach dem Ablaufe der Frist ablehne, damit erwirbt er das Recht, wenn die Leistung nicht rechtzeitig erfolgt, von dem Vertrage zurückzutreten oder Schadenersatz zu verlangen, während der Anspruch auf Erfüllung ausgeschlossen ist.

Wenn sich auch der Handlungsgehülfe in dieser Weise auf das Nichtweiterzahlen einlassen kann, so ist damit noch nicht gesagt, daß der Prinzipal zur Einstellung der Zahlung jederzeit berechtigt ist. Man wird vielmehr in den zwischen dem Prinzipale und dem Handlungsgehülfen bestehenden Rechtsbeziehungen eine Fortsetzung des früheren Handlungsgehülfenverhältnisses zu sehen haben und auch auf dieses Verhältnis die für das Handlungsgehülfenverhältnis bestehenden Kündigungsbestimmungen anwenden. Ist also durch Vertrag die Dauer für die Fortzahlung des Gehaltes ausgemacht, so dauert das Verhältnis die festbestimmte Zeit, längstens aber bis 3 Jahre nach Beendigung des Dienstverhältnisses. Das Verhältnis ist unkündbar, es müßte denn sein, daß der Fall des § 67 Absatz 3 H. G.-B. vorliegt.

Ist eine bestimmte Dauer aber nicht ausgemacht, so ist das Verhältnis kündbar, und zwar in Ermangelung vertraglicher Ausmachungen, nach § 66 H. G.-B.